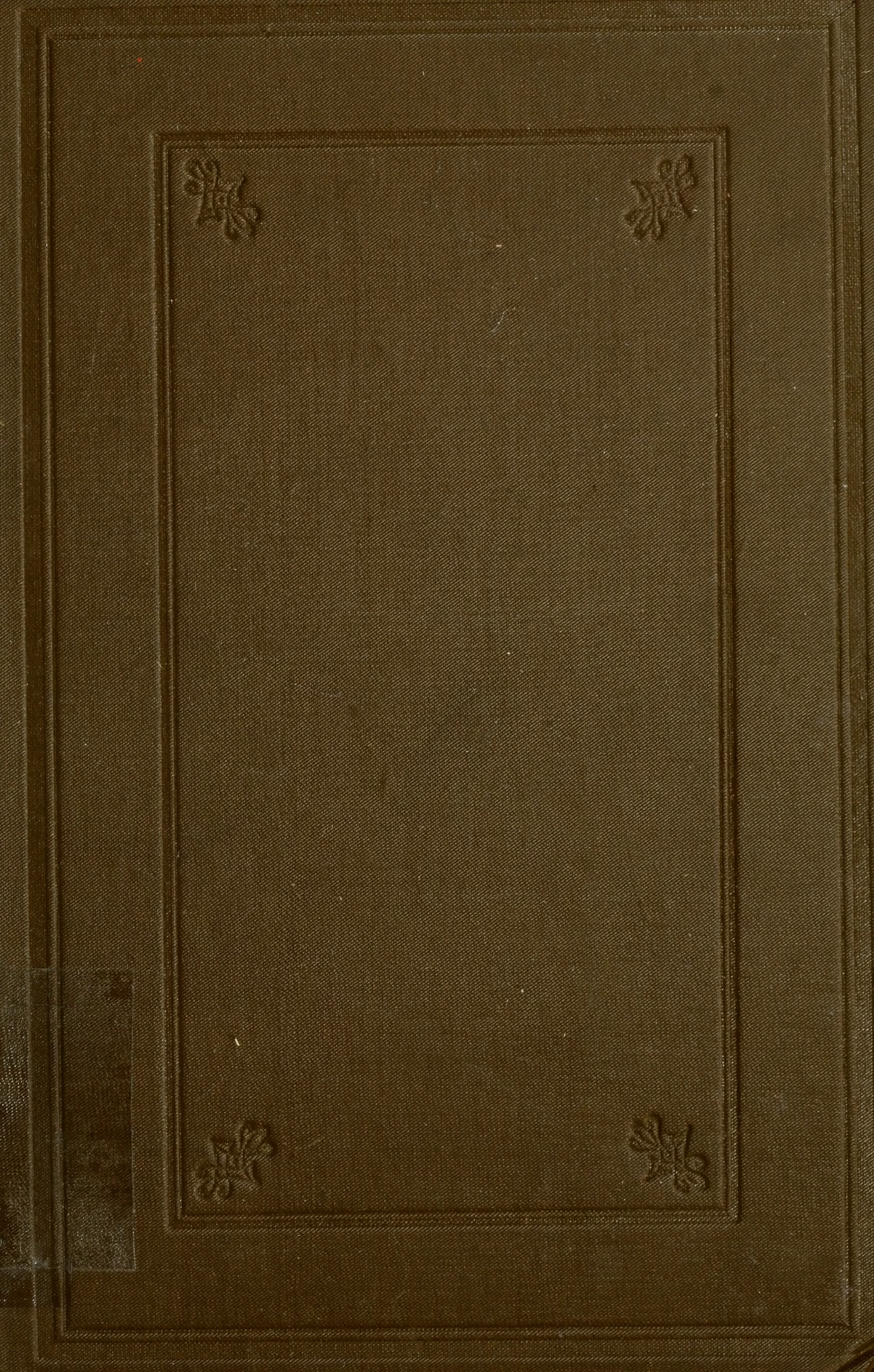
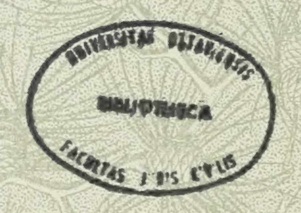
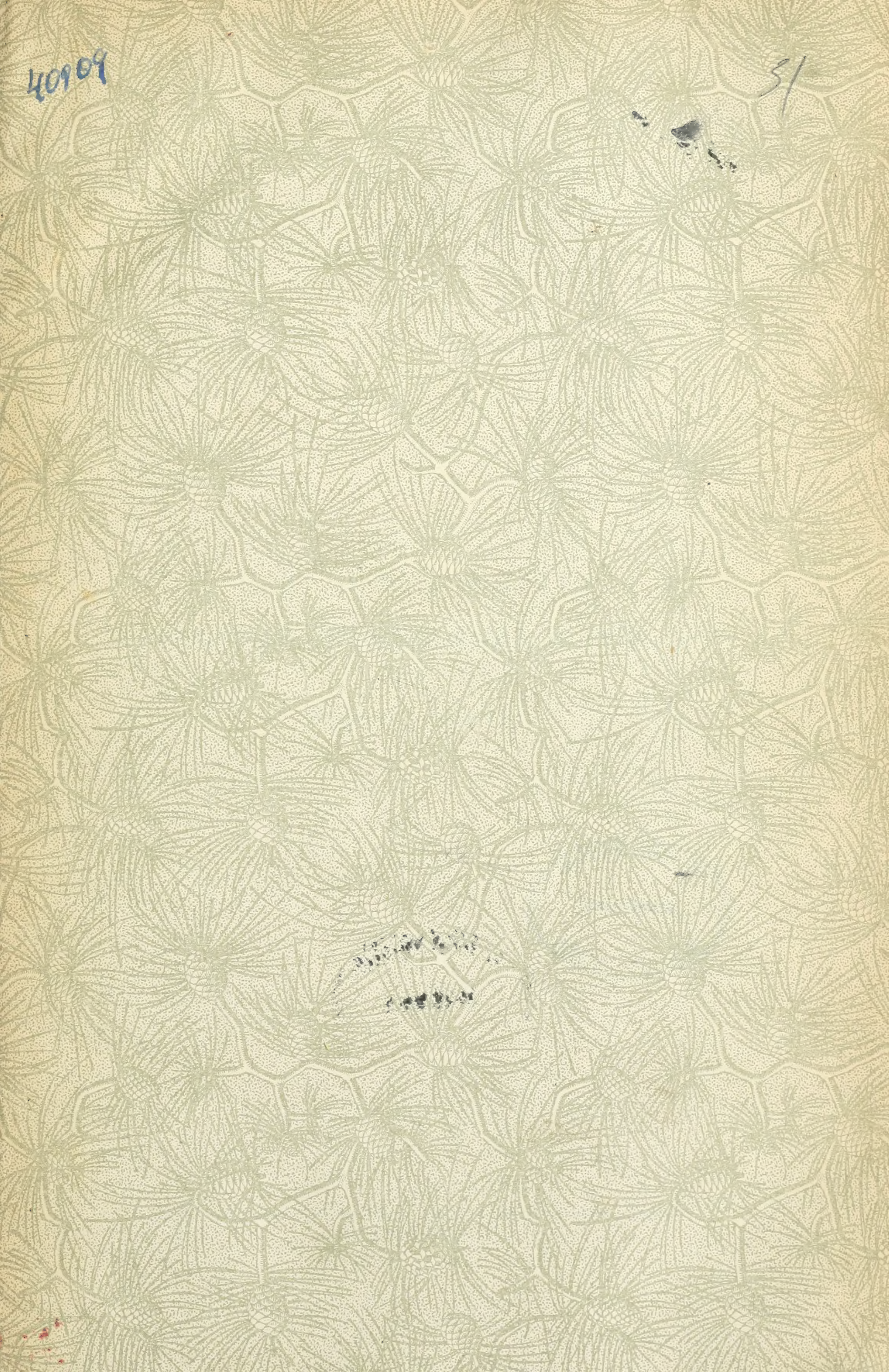
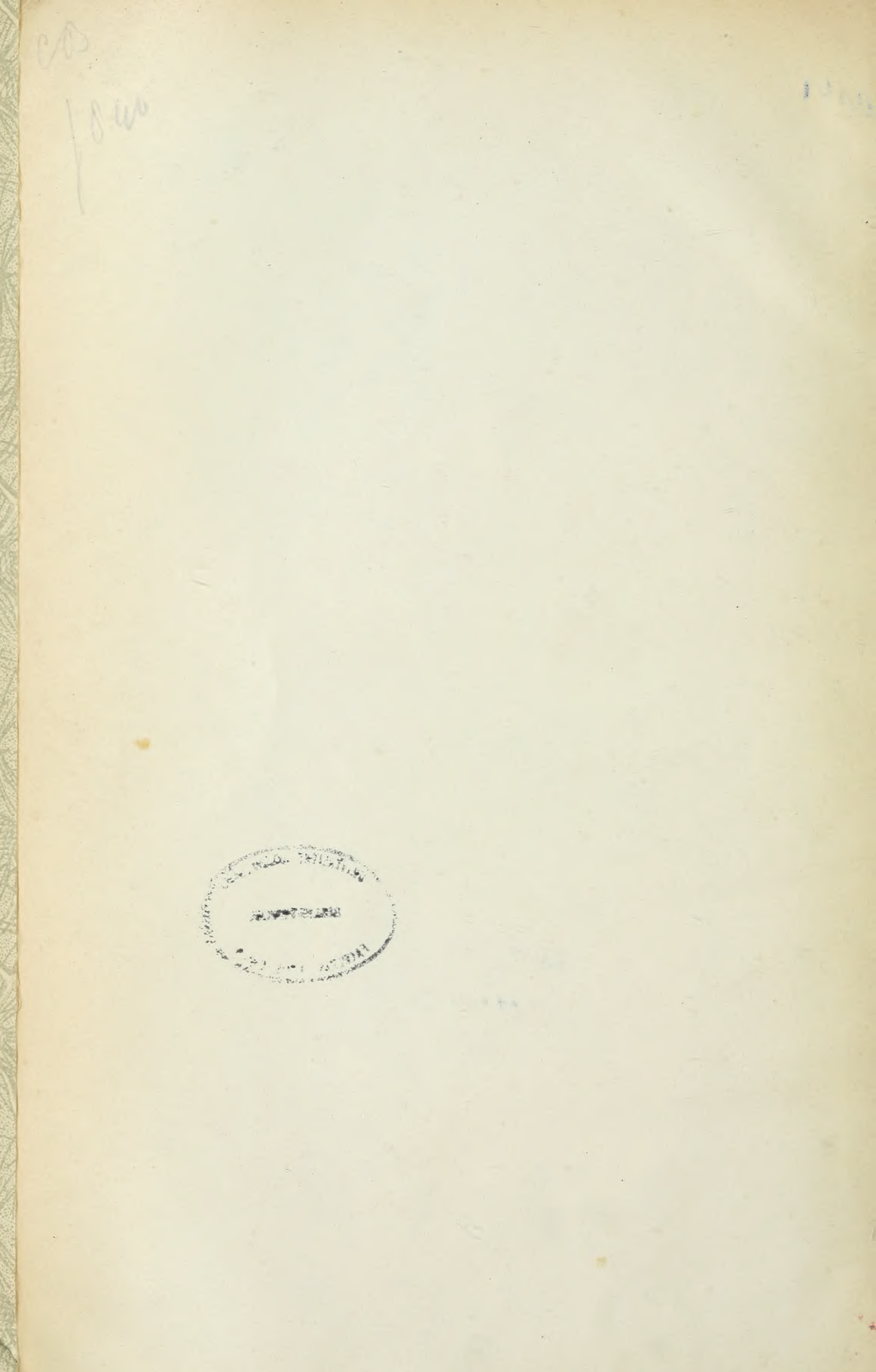










Prof. JOSEPHUS JITTA

La substance des Obligations dans le Droit Int. privé

Tome premier



La Haye — Typ. A. D. Schinkel, F. J. Belinfante Succ.

LA SUBSTANCE

DES OBLIGATIONS

DANS LE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

D. JOSEPHUS JITTA

Professeur à l'Université d'Amsterdam

TOME PREMIER

BUT ET PLAN DE L'OUVRAGE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN CONTRAT



LA HAYE

LIBRAIRIE BELINFANTE FRÈRES

= 1906 =

Paris, MARCHAL & BILLARD — 27, Place Dauphine || **Bruxelles**, EMILE BRUYLANT — 67, Rue de la Régence

Berlin, PUTTKAMMER & MÜHLBRECHT

Rome, BOCCA FRÈRES

=

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

BUT ET PLAN DE L'OUVRAGE

DEUXIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN CONTRAT

TITRE PREMIER. GROUPEMENT GÉNÉRAL

TITRE SECOND. EXAMEN DES DIVERS GROUPES

1ER GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
MISE EN VALEUR DES BIENS

1RE SECTION — BIENS MATÉRIELS

2E SECTION — BIENS IMMATÉRIELS

3E SECTION — CRÉDIT

4IÈME SECTION — CHANCE

5ème Section — Donation entre vifs

2e GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
PRESTATION DE TRAVAIL

1re Section — Contrat de service

3ième GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
ASSOCIATION

4ième GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
ASSURANCE

1ière Section — Examen général

2ième Section — Assurances patrimoniales

5IÈME GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
CONSOLIDATION D'UNE SITUATION JURIDIQUE

ERRATA.

Page 4, ligne 12, au lieu de: „les uns les autres" lire: „les uns des autres".
„ 21, „ 22, „ „désigné" lire „désignées".
„ 93, „ 17, „ „qu'elles" „ „qu'ils".
„ 404, „ 25, „ „auront" „ „auraient".

C. P. C. L. B.

PREMIERE PARTIE

BUT ET PLAN DE L'OUVRAGE

§ 1. *La substance des obligations dans le droit international privé.*

Les obligations forment une institution juridique commune à tous les peuples quelque peu policés. Certains faits, la convention sérieuse, conclue entre des personnes capables de s'obliger, et l'acte illicite, dommageable et imputable, créent, dans toutes les législations, un lien de droit entre les hommes qui vivent en société, et régulièrement, dès que l'existence de ce lien est constatée, les autorités publiques, qui ont juridiction sur le débiteur, s'efforcent d'assurer au créancier la prestation qui lui est due. Les obligations sont reconnues et sanctionnées parce que l'ordre raisonnable de la société l'exige.

Dans l'organisation actuelle de l'humanité, ce sont les Etats, organes politiques de groupes nationaux, qui sont appelés, en tout premier lieu, à reconnaître les obligations dans leurs lois et à les sanctionner par le moyen de leurs corps judiciaires. Mais si les lois nationales ont, en matière d'obligations, des principes généraux communs, elles varient considérablement dans la manière dont elles ont développé ces principes, tant pour les obligations en général que pour les diverses espèces d'obligations. Les lois portent l'empreinte de l'individualité juridique de l'Etat qui les a promulguées ; elles sont, tout au moins principalement, destinées à régir la

vie active locale. Le corps judiciaire, qui est une émanation de l'autorité territoriale, doit obéissance aux lois de son pays ; il les appliquera sans hésiter dans le cercle local de la vie active, dont ces lois elles-mêmes ont déterminé la circonférence.

Si les autorités législatives et judiciaires, dans l'organisation actuelle de l'humanité, sont territoriales, la vie active de l'humanité ne saurait être parquée rigoureusement dans les divers territoires, qui se partagent la surface du globe. Cette vie active est universelle, elle déborde toutes les frontières. Depuis que le monde a une histoire, le commerce a rapproché les hommes les uns les autres. Si dans les premiers temps qui ont vu le commerce pacifique succéder au pillage et à la piraterie, les échanges ont eu lieu prudemment de la main à la main, on peut dire que dans un état de civilisation un peu plus avancé, l'exécution d'une promesse a dû parfois être différée, et que dès ce moment, un principe de confiance, l'attente de l'exécution loyale de la promesse sérieusement faite et acceptée, a remplacé l'antique défiance. Le commerce a été le précurseur de la communauté juridique et la convention a été et est encore la source principale des obligations, mais la vie active de l'humanité ne se borne pas aux relations commerciales et contractuelles, elle embrasse tout ce qui peut donner à l'homme des moyens d'existence par un travail utile et honnête, et tous les devoirs d'homme à homme qui ont leur source dans l'état de société.

Dans la vie active de l'humanité, comme dans la vie active locale, l'ordre raisonnable de la société exige que les obligations soient reconnues et sanctionnées, mais, si l'on fait abstraction de quelques traités généraux qui touchent de loin à la matière des obligations, l'humanité ne possède ni

législation universelle ni autorité judiciaire suprême. Il n'y a qu'une série de lois locales, et la sanction d'une obligation ne peut être obtenue que d'un juge, qui emprunte son autorité à un pouvoir local. Les principes communs des législations, en matière d'obligations, sont insuffisants, et il est impossible de se conformer à toutes les lois. Celui qui a acquis un droit de créance, dans les relations de la vie active universelle, ne sait pas si ce droit sera reconnu partout, interprété et sanctionné comme il le désirerait ; celui qui s'est obligé n'est pas sûr de voir assigner partout à son obligation les limites qu'il a voulu lui imposer.

Cette incertitude et ce manque d'harmonie entre la vie active et le droit, dans la communauté juridique universelle, ont donné naissance au droit international privé, dont une branche se rapporte aux obligations. Cette branche a pour but de considérer les obligations au point de vue des exigences de la communauté juridique du genre humain. Ce but est double. Il faut que le droit soit certain et que son application soit de nature à assurer l'ordre raisonnable de la société universelle.

Le droit international des obligations, branche du droit international privé, se rattache aux autres branches de ce droit, au droit des personnes et au droit de famille, à celui des biens, au droit héréditaire et au droit de procédure dans son sens le plus large. Mais dans une étude spéciale on peut isoler le droit des obligations. C'est ce que je vais faire. Non seulement je ne m'occuperai pas des autres branches, mais je laisserai de côté ce qui se rapporte plutôt à ces branches qu'au droit des obligations. C'est ainsi que je ne traiterai ni du mariage ni du contrat de mariage, qui sont plutôt des institutions du droit de famille.

Je vais plus loin. Je ne songe pas à faire entrer, dans le

présent travail, le droit international des obligations tout entier. Ce droit se décompose comme le droit national des obligations. Les principaux points qui ont occupé les auteurs sont la capacité de s'obliger, la forme et la preuve des actes et des faits, qui sont sources d'obligations, la substance des obligations, leurs effets dans le droit matériel et dans le droit de procédure et leur extinction. De toutes ces matières je n'en choisis qu'une, la substance, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui, indépendamment de la capacité, de la forme et de la preuve, déterminent l'influence des faits, qui produisent l'obligation, sur l'étendue et les conditions de la prestation que le créancier peut exiger du débiteur. La capacité, la forme et la preuve ne sont pas des matières particulières au droit des obligations, elles appartiennent à une doctrine plus large, celle des actes et même des faits juridiques. Et pour ce qui est des effets des obligations et de leur extinction, on ne saurait guère déterminer les règles qui y sont applicables, sans avoir reconnu d'abord celles qui régissent leur substance. J'ajoute que c'est sur ces dernières règles que porte l'effort séculaire des hommes de science. C'est là que se trouve le grand labyrinthe des controverses.

---

§ 2. *Esquisse de l'état actuel de la science et de la législation.*

A. **Les controverses scientifiques.**

L'histoire du droit international explique comment ce labyrinthe s'est formé. Mais dans une étude spéciale il faut éviter une introduction historique. Je me permets de renvoyer le lecteur aux travaux de von Bar, de Laurent, de Lainé, de Meili, etc. et je vais faire un inventaire sommaire des controverses sur la substance des obligations.

Ces controverses sont nées à une époque où le droit international privé avait déjà acquis un certain développement par la célèbre théorie des statuts personnels, réels et mixtes. La substance des obligations n'a pas de place dans cette distinction. Le statut personnel a posé, dans le droit des obligations, la grande question de la capacité, en tant que cette capacité dépend de l'état de la personne, question qui n'est pas encore vidée. Il y a encore lutte entre le principe de la nationalité et celui du domicile, et controverse sur les exceptions qu'il peut y avoir lieu de statuer, lorsqu'un incapable a agi dans un pays autre que celui de sa nationalité ou de son domicile. Le statut réel a aussi exercé une certaine influence sur le droit des obligations, en tant que la prestation à faire est la transmission d'un immeuble ou d'un droit immobilier. C'est encore une question ouverte. Dans les temps modernes on a employé l'expression statut réel pour désigner les lois locales d'ordre public, que l'on considère comme destinées à dominer, dans un territoire, les lois étrangères. Le statut mixte enfin, après bien des vicissitudes, a fini par devenir le statut des formes, exprimé par l'adage „*locus regit actum*", adage qui a l'apparence d'une règle de droit commun universel, ce qui n'empêche pas les dissentiments sur le caractère obligatoire ou facultatif de la règle et sur les distinctions à faire entre formes et formes.

C'est l'adage en question qui a soulevé la question de savoir quelle loi régit la substance des obligations, particulièrement celle des obligations conventionnelles, qui sont l'âme du commerce international. Au temps où cette question s'est posée, le commerce international était déjà assez développé pour qu'on ne mît pas en doute la force obligatoire d'une convention contractée à l'étranger ou avec un étranger. Les jurisconsultes

sont partis de l'idée suivante : étant donné qu'une convention a été contractée en pays étranger, entre personnes capables, relativement à des biens meubles, dans les formes usitées au lieu du contrat, et que cette convention, par une règle de droit commune à tous les peuples, a produit une ou plusieurs obligations, par quelle loi faut-il déterminer à quoi le débiteur est obligé ? Cette formule écarte les trois statuts.

Les auteurs anciens étaient assez disposés à donner au droit romain une autorité universelle, régissant tous les peuples, *cunctos populos*, comme le dit la première constitution du code de JUSTINIEN. Il est très probable que le droit romain, à l'époque classique, a eu une théorie du droit international privé. On pourrait trouver dans le texte de GAIUS (Inst. III, § 120) :

„Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi „si de peregrino fidepromissore quæramus et alio jure „civitas ejus utetur"

et dans quelques autres textes du même genre, les traces d'un système, ultra-moderne, basé sur la nationalité du débiteur. Mais ces textes étaient démodés au temps de JUSTINIEN.

En fouillant les Pandectes, on a cru y trouver l'oracle cherché, on en a même trouvé deux, qui se contredisent un peu, ce qui arrive parfois aux oracles. Les textes sont connus de tout le monde, mais ils sont assez courts pour être cités, le premier est le fr. 34. D. de reg. iur. L 17 :

„. . . . si non pareat, quid actum est, erit consequens „ut sequamur quod in regione in qua actum est, „frequentatur."

et le second est le fr. 22 D. de oblig. et act. XLIV 7 :

„contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in „quo, ut solveret, se obligavit."

Ces textes ont-ils réellement trait à la question posée ? J'en doute et je ne suis pas seul à douter. Mais on a cru y lire une réponse et c'est ainsi que sont nés les deux plus anciens systèmes de notre inventaire, celui qui fait régir la substance des obligations conventionnelles par la loi du lieu où elles sont nées :

lex loci contractus

et celui qui les fait régir par celle du lieu où elles doivent être exécutées :

lex loci executionis.

Ces deux systèmes ont encore aujourd'hui des partisans, bien qu'il n'y ait plus guère d'auteur qui ne soit disposé à admettre des exceptions

Parmi les défenseurs modernes du système de la lex loci contractus je citerai Brocher (1). Autrefois on pouvait dire que ce système dominait en Angleterre et dans l'Amérique du Nord. Story (2) le suit en invoquant l'autorité de mon compatriote Huber, mais les auteurs modernes, Dudley Field (3), Westlake (4) et Foote (5) font de grandes restrictions Wharton (6) préfère la lex loci executionis. En Allemagne Neumann (7) donne aussi à la loi du contrat un effet prépondérant, pourtant ce n'est pas à cette loi même qu'il renvoie, mais aux principes de droit international établis par cette loi.

Le système de la lex loci executionis a pour principal défenseur Savigny dont le grand nom suffit pour lui donner

---

(1) *Cours de droit international privé* II, 155.

(2) *Comment. on the conflict of laws* § 76.

(3) *Outlines of an international code*, artt. 600, 602, 603.

(4) *A treatise on priv. intern. law.* 4e edit. p. 277.

(5) *Foreign and domestic law*, A concise treatise on p. i. j. 3e edit. p. 358.

(6) *A treatise on the conflict of laws, 2d edit.* § 400.

(7) *Int. priv. Recht in Form eines Gesetzentwurfes* § 15, p. 86. Rapport à la Société allemande des juristes (XXIVe réunion) I. p 169.

une immense autorité. WHARTON, que je viens de citer, s'en rapproche beaucoup.

Une tentative de concilier les deux systèmes a été faite par ASSER (1) qui, sans refuser tout effet à la volonté clairement exprimée par les parties, admet en principe l'autorité de la lex loci contractus, en faisant dépendre de la lex loci executionis les modalités de l'exécution. L'auteur s'appuie sur les travaux de FOELIX (2) et de FIORE (3).

Aux deux systèmes qui viennent d'être indiqués vient s'opposer le système de *l'autonomie,* qui en principe fait dépendre la loi applicable de la volonté des parties, sauf à admettre subsidiairement une autre règle pour le cas où il serait impossible de constater une volonté commune des parties. Ainsi LAURENT (4), le défenseur le plus énergique de l'autonomie dans la science moderne, ne se contente pas de réserver les lois d'ordre public, il fait intervenir subsidiairement la loi du lieu du contrat. DE MARTENS (5) se rallie presque entièrement aux idées de LAURENT. WEISS (6) est également partisan de l'autonomie, tout en admettant des principes subsidiaires. PILLET (7), sans la rejeter absolument, la limite à tel point, qu'il pourrait plutôt passer pour un adversaire. DERNBURG (8) met aussi l'autonomie en avant, mais c'est à la „lex loci executionis" qu'il fait appel subsidiairement; la

---

(1) *Schets van het I. P. R.*, § 3. A.

(2) *Traité du droit int. privé.* (1856) I n°. 109.

(3) *Droit intern. privé* (trad. Pradier-Fodéré). Edit. de 1875. N°. 236 sqq.

(4) *Le droit civil intern.* II n°. 216, 217.

(5) *Traité du droit des gens* (trad. Bergbohm) II § 79.

(6) *Manuel* (1895) p. 454 sqq. *Traité théorique et pratique du droit intern. privé,* tome IV. p. 335 sqq.

(7) *Principes du droit int. privé,* Ch. XV, surtout p. 453.

(8) *Das bürg. Recht des Deutschen Reichs und Preussens* I § 40, note 8.

théorie et la pratique en Allemagne, nous dit-il, ont adopté cette manière de voir; dans le silence du code nouveau l'auteur considère comme certain qu'elles se maintiendront dans cette ligne (1).

Parmi les partisans de la „lex loci contractus", soit comme base d'une règle absolue, soit comme règle subsidiaire, une controverse se présente pour les contrats par correspondance, qui ne sont pas, à proprement parler, conclus dans un lieu, mais qu'il fait localiser à toute force, lorsque le droit applicable dépend de cette localisation. La question est trop connue pour que j'insiste, elle a été traitée en long et en large. Le lieu d'exécution d'un contrat n'est pas non plus toujours clairement déterminé.

Von Bar (2) combat les trois systèmes qui précèdent. Sa prédilection est pour la loi du *domicile du débiteur*, mais ses études profondes et fécondes lui ont donné un certain scepticisme; il est assez disposé à admettre qu'il n'y a pas de principe général à formuler pour les contrats. Zitelmann (3) a défendu énergiquement, sur la base du droit de gens, qui lui paraît suffisante pour établir la reconnaissance internationale de la souveraineté de la loi nationale sur l'individu, l'application systématique de la *loi nationale du débiteur*, au moins pour les contrats unilatéraux; il déclare cependant, en réponse à des critiques, que pour lui ce n'est pas le choix entre le domicile et la nationalité qui est la chose principale, c'est plutôt la prépondérance donnée au „statut personnel" du débiteur. Bien des variations sont possibles sur ce thème.

(1) Rapport Enneccerus à la Société allemande des Juristes (13 Sept. 1898), *Verhandlungen* (XXIV) IV. p. 76 sqq. Vote en ce sens p. 127.

(2) *Theorie und Praxis des I. Pr. R.* surtout II, pag. 23.

(3) *Intern. Privatr.* II, surtout p. 366 et 386.

Ainsi je rappelle qu'on a défendu, soit comme système, soit comme présomption de la volonté des parties, l'autorité de la loi du *domicile commun* des parties (1), de *leur loi nationale commune* (2), ou même des *dispositions identiques dans leurs diverses lois nationales* (3). On a songé aussi, plutôt comme un moyen de sortir de certaines difficultés que comme système particulier, soit à *diviser un contrat* et à faire régir les obligations de chaque partie par sa propre loi nationale ou domiciliaire (4), soit à *soumettre le contrat aux deux lois à la fois*, sous certains rapports (5).

Je ne mentionne qu'en passant le système qui voudrait que le juge appliquât *toujours sa propre loi nationale* (6), le système des *droits acquis*, qui se prête mal à la généralisation, mais qui renferme une part de vérité (7), et le système qui voudrait renvoyer les questions purement internationales au *droit naturel* (8). Mais je dois constater que l'opinion exprimée par von Bar, opinion éclectique plutôt que nihiliste, qui rejette tout principe absolu, gagne du terrain (9). On pourrait aussi compter, parmi les adversaires de tout

(1) Pillet op. cit. n°. 232. Conf. A. Rolin *Principes du droit i. p.* n°. 317.

(2) *Avant-projet* de révision du code civil, par Laurent, art. 14,

(3) Projet de la Commission belge de révision du code civil, art. 7. *Revue* Asser-Rolin, 1886. p. 472. Weiss, *Traité* IV p. 337, 338.

(4) von Bar, op. cit. II, p. 15.

(5) Zitelmann, op. cit. II, p. 403 sqq. p. 415.

(6) Un savant russe, Scherschenewitch (*kours grachdanskava prava*, Kasan 1901, § 35) se rapproche des systèmes de Pütter et de Pfeiffer. Voir aussi un arrêt de la Cour hanséatique du 5 Avril 1895, dans la *Zeitschrift* de Böhm-Niemeyer 1896 p. 170, 171.

(7) Opzoomer. *De Wet houdende A. B.* ad art. 6 p. 136.

(8) C'est l'idée de Grotius. *De jure belli et pacis.* L. II, cap. XI. V. 3.

(9) Niemeyer. *Vorschläge und Materialen zur. kod des I. P. R.* § 22 et projet § 7. Reuterskiold, dans le *Journal* de Clunet 1899 p. 462.

système, A. Rolin, qui part du principe d'autonomie, mais qui veut déterminer par les circonstances de chaque cas, la loi que les parties ont dû avoir eu en vue. (1) Plus nettement encore l'éclecticisme a été défendu par von Seeler dans la Société allemande des Juristes.

C'est sur les dissentiments en matière d'obligations contractuelles que j'ai insisté, mais il y en a aussi pour les autres obligations.

Ainsi pour les délits civils et si l'on veut les quasi-délits, il y a opposition entre le système qui veut suivre la loi *du pays où le fait s'est passé* et celui qui veut les soumettre à la *lex fori*; il y a aussi des opinions intermédiaires. Le premier système compte beaucoup d'adhérents (2). L'opinion de Savigny et de Wächter, qui voudraient faire prédominer la lex fori, n'a pas trouvé faveur, cependant elle a été appliquée quelquefois pour le cas d'un abordage en pleine mer entre navires de nationalité différente (3). Un système mixte veut tenir compte des *deux lois à la fois* (4). La *nationalité des parties*, ou *celle du débiteur* tout au moins, obtient quelquefois une certaine influence (5).

Les auteurs, qui se sont occupés des quasi-contrats, les rattachent en général à la *loi du lieu où le fait s'est passé* (6). Laurent (7) voudrait faire passer, avant cette loi, la *loi*

---

(1) *Principes*. I. N°. 320.

(2) Laurent. *Avant-proj.* art. 17. Brocher op. cit. II p. 148. Niemeyer op. cit. projet § 7. Conf. von Bar op. cit. (1889) II. p. 122 et P. Fiore, *Journal* de Clunet 1900, pp. 449, 717.

(3) Wagner. *Handbuch des Seerechts* § 17, pag. 142.

(4) Westlake op. cit. IVe édition. N°. 196, 197. Wharton op. cit. § 478. Machado v. Fontes 2. Q. B. 23. (*Zeitschrift* Böhm-Niemeyer VIII. 212).

(5) Weiss, *Manuel* p. 465. *Traité* IV. p. 390.

(6) Asser op. cit. p. 64, 65. Brocher op. cit. p. 189.

(7) *Le droit civ. intern.* VIII, n°. 2 sqq. Avant-projet art. 17.

personnelle des parties si elles ont la même nationalité, il rapproche ainsi les quasi-contrats des contrats. Fiore (1) le combat énergiquement. Von Bar (2) est disposé à admettre, dans des circonstances particulières, l'influence de la *loi nationale.*

Je crois qu'on ne peut pas parler d'une opinion commune des auteurs. Ceux qui font de cette opinion une source de droit positif, doivent convenir qu'il est difficile d'y puiser en cette matière. Ceux qui enseignent que telle ou telle opinion est généralement admise, se font illusion.

B. **Lois et projets.**

Les travaux préparatoires du code civil allemand ont porté aussi sur les dispositions de droit international privé qui pourraient être insérées éventuellement dans ce code. Un certain nombre de règles ont trouvé place dans la loi sur la mise en vigueur du code, mais cette loi n'a pas de règle pour les obligations contractuelles, bien que le § 2242 du second projet (Livre VI) contînt une disposition qui renvoyait à la loi du lieu du contrat, à moins de circonstances indiquant une intention contraire des parties (3). La loi définitive ne s'occupe que des obligations provenant d'actes illicites (art 12).

Ces mêmes travaux préparatoires ont donné lieu à des études comparatives fort sérieuses, à des collections de matériaux. J'ai sous la main les travaux de Niemeyer (4) et de Neumann (5), qui forment un véritable musée de textes. Je n'ai garde de

(1) *Journal* de Clunet, 1900 p. 456.

(2) Op. cit. II. p. 122.

(3) Conf. Keidel dans le *Journal* de Clunet, 1899, p. 275 et suiv., et la note 1 p. 276.

(4) *Vorschläge und Materialen*, déjà cité, II Teil. (Berlin 1895).

(5) *I. P. R. in Form eines Gesetzentwurfes nebst Motiven u. Materialen.* (Berlin 1896).

refaire le travail qu'ils ont fait, (1) je constate que l'on trouve dans les textes la trace des principales controverses de la science.

Dans un grand nombre de lois on trouve des dispositions spéciales pour certaines catégories d'obligations. La loi allemande sur les lettres de change en a un certain nombre (artt. 84—86) ; ces dispositions ont été reproduites très souvent dans d'autres lois. La loi anglaise de 1882 sur les lettres de change a aussi des dispositions de ce genre. Le code de commerce néerlandais a, entre autres, une disposition pour le contrat d'affrètement (art. 498). Dans le code de commerce italien nous trouvons, outre l'art. 58 qui se rapporte aux obligations commerciales en général, des articles sur la vente de navires italiens à l'étranger (art. 483), sur leur engagement par hypothèque (art. 485) ou par contrat de prêt à la grosse (art. 591). Nous rencontrerons en route bien des dispositions du même ordre.

Il est intéressant aussi de constater que dans les confédérations qui possèdent un pouvoir législatif central avec des attributions étendues, le droit fédéral ne codifie pas toujours tout le droit des obligations. Le code fédéral suisse des obligations, du 14 Juin 1881, renvoie souvent au droit cantonal, entre autres pour la vente d'immeubles (art. 231). La loi allemande sur la mise en vigueur du code civil est pleine de dispositions de ce genre (art. 55—152) ; ces dispositions sont curieuses parce qu'elles font une distinction entre la sphère locale de la vie active et la vie active générale.

L'idée de codifier d'une manière uniforme dans tous les

---

(1) Conf. YAMADA, le d. i. p. au Japon (*Journal* de Clunet, 1901 p. 632 sqq.) particulièrement pour les textes sur les obligations dans la loi générale Horei, p. 635—637. Projet de code civil brésilien (lex loci actus cum exceptionibus) dans la *Zeitschrift* de Böhm-Niemeyer 1903 pag. 193. Dr. C BARAZETTI. Das I. P. R. im Entw. des Schw. Civilg., ibid. p. 299.

pays, soit des règles sur les soi-disant conflits en matière d'obligations, soit des règles de fond pour certaines parties du droit des obligations, s'est présentée naturellement dans le courant du XIX[ième] siècle.

Dans l'Amérique du Sud ce mouvement a obtenu des résultats très importants. Les traités de Montevideo, conclus en 1889 entre un certain nombre d'Etats de l'Amérique du Sud (1) contiennent des règles en matière d'obligations. Le traité du 12 Février 1889 sur le droit civil international, notamment, fait régir en principe les contrats par la loi du lieu de l'exécution, tout en développant ce principe d'une manière particulière pour un certain nombre de contrats spéciaux; en réalité il y a un large éclecticisme dans ces dispositions. Un traité spécial se rapporte au droit commercial. (2)

En Europe des résultats remarquables ont été obtenus aussi, bien que le mouvement soit moins avancé. Le traité de Berne, du 14 Octobre 1890, sur les transports internationaux de marchandises par chemins de fer, forme, pour la majeure partie de l'Europe continentale, un premier titre d'un code international. En 1885 et en 1888 des congrès de droit commercial ont eu lieu à Anvers et à Bruxelles, sur l'invitation du Gouvernement belge. On y a élaboré des règles destinées à résoudre les conflits en matière de droit maritime, en s'efforçant aussi de jeter les bases d'un droit uniforme. On y a préparé une loi-type sur les lettres de change. Au moment où j'écris le Gouvernement belge a repris les tentatives,

(1) Le traité a été signé par la République Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay. D'après une communication dans la *Zeitschrift* de Böhm-Niemeyer (1904 p. 550) le Brésil et le Chili n'auraient pas encore ratifié.

(2) *Journal* de Clunet 1896 p. 440, 669; 1897 p. 895. *Zeitschrift* (de Böhm) I. pp. 324, 477, 592.

faites par lui dans le but d'obtenir un accord international dans certaines matières du droit maritime. Les Conférences de la Haye pour la codification du droit international privé, qui ont obtenu des résultats importants dans plusieurs matières, ne sont pas encore arrivées à la discussion du droit des obligations. Les actes de la troisième Conférence (1900) mentionnent, à la page 61, une proposition de Roguin, dont l'art. 5 soumet le fond d'un contrat, dans la mesure où il n'est en contradiction avec aucune disposition impérative ou prohibitive, à la loi choisie expressément ou implicitement par les contractants, en ajoutant à ce principe des dispositions pour le cas où cette loi ne serait pas clairement indiquée, dispositions qui laissent au juge une grande latitude. Les artt. 8 et 9 du projet soumettent les obligations quasi-contractuelles, délictuelles et quasi-délictuelles à la législation de l'Etat dans lequel s'est passé le fait qui leur a donné naissance. Le projet réserve le droit maritime et le droit de change. L'Institut de droit international a aussi donné son attention à la matière, notamment dans sa session plénière de Septembre 1904. Il n'est encore intervenu aucun vote de principe, mais les rapports et les travaux montrent bien l'état actuel de la science. (1) J'aurai souvent l'occasion de faire mention de résolutions votées par l'Institut dans des matières spéciales, notamment les sociétés et les abordages. L'Institut a adopté aussi un projet de loi uniforme sur les lettres de change, et des règles destinées à résoudre les soi-disants conflits dans la même matière.

(1) Annuaires XIX. p. 135. XX. 75 et 180. Projet de Harburger dans l'Annuaire 1902 p. 135 et contre-projet Roguin, Annuaire 1904 p. 75.

§ 3. *But de l'ouvrage actuel.*

L'amoncellement des systèmes provoque, au premier abord, un certain découragement. Ce sentiment augmente encore lorsque l'on prend connaissance des arguments que les auteurs emploient pour battre en brèche les systèmes de leurs adversaires, lorsqu'on lit ce que VON BAR dit de la *lex loci actus* ou *executionis*, ce que PILLET et ZITELMANN disent de l'autonomie, ce que la commission pour la rédaction du code civil allemand dit pour la défense du second projet. Mais si l'on surmonte la première impression et même la deuxième, on voit qu'il y a au fond de tous les systèmes une idée commune, la nécessité de transformer en une communauté de droit, soumise aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active, la communauté de fait du genre humain. Ceux qui repoussent cette idée se dirigent pourtant, sous l'influence de leur bon sens juridique, vers l'idéal qu'elle représente. C'est ainsi que PILLET, que ZITELMANN invoquent le droit des gens, ce qui ne peut guère s'entendre que du droit des gens philosophique, qui indique ce que la société humaine devrait être. Ce droit des gens là, à mon avis, est basé précisément sur les exigences juridiques de la communauté du genre humain.

S'il y a chez tous les maîtres une idée commune, ne serait-ce pas leur faire injure que de supposer qu'ils aient pu formuler des règles tout à fait fausses, ne donnant dans aucun cas le résultat pratique qu'ils avaient en vue, l'ordre raisonnable de la vie active universelle? Leur faute ne peut être que la trop grande généralisation de règles qui ne donnent de bons résultats que dans certains cas. C'est pourquoi j'ai pensé qu'il y avait moyen de constater pour ainsi dire expérimentalement la faute, en allant aussi loin que possible dans la spécialisation.

Les bons auteurs distinguent entre les obligations qui naissent de contrats, de délits, de quasi-contrats, etc., il est rare qu'ils pénètrent plus profondément dans les détails. Deux auteurs de mérite, Brocher et A. Rolin, dont j'ai déjà cité les ouvrages, ont examiné l'un après l'autre les divers contrats du code civil français, en se demandant comment doit se faire, dans le droit international, l'application des articles de ce code. Dans le travail de Diena (1) sur le droit commercial international, les divers contrats commerciaux sont passés en revue, et Meili (2) donne des règles concises sur un grand nombre de matières civiles et commerciales. J'ai consulté ces travaux avec un vif intérêt, mais je voudrais suivre une autre route et examiner dans un ordre méthodique, les diverses obligations, sans me lier a priori par un système. J'espère de cette manière pouvoir soumettre les divers systèmes au feu de l'épreuve.

Naturellement ce sont les contrats nommés et les obligations spécialement réglées par les lois qui se prêtent le mieux à mes expériences. Je n'ignore pas que le droit des obligations contractuelles, dans les législations modernes, n'est pas un droit fermé. Toutes les conventions, valables en général, peuvent produire des obligations. Mais si pour se rendre compte des différences pratiques que donne l'application de l'un ou de l'autre système, il faut comparer les lois, il vaut mieux prendre les lois qui parlent d'une obligation déterminée que celles qui s'en remettent aux principes généraux. Les résultats acquis ainsi peuvent être étendus aux contrats innommés, ainsi qu'aux multiples combinaisons de contrats que la vie pratique engendre. Il y a d'ailleurs des contrats qui sont nommés dans certaines législations et innommés dans d'autres.

---

(1) *Trattato di diritto commerciale internazionale* (Firenze 1900—1905).

(2) *Das internationale Civil- und Handelsrecht* (Zürich 1902).

§ 4. *Méthode.*

Mon intention est de suivre dans mes recherches la méthode que j'ai développée dans un travail précédent et que j'ai appliquée plus tard au droit de la faillite. Je me permets de rappeler qu'une méthode n'est pas une solution, mais l'indication de la voie à suivre pour chercher cette solution.

Pour moi, le droit international privé n'est pas seulement la science des conflits de loi, mais le droit privé lui-même, considéré au point de vue des exigences de la communauté juridique du genre humain. La solution de conflits, le renvoi à la loi X ou à la loi Z, est un moyen et non un but. Ce renvoi ne donne que la plus petite moitié de la solution, la certitude de la règle applicable. Cette certitude, toutes les règles la donnent, même les plus mécaniques. Pour obtenir l'autre moitié de la solution, l'harmonie entre la règle et la vie, il faut que le droit déclaré applicable soit de nature à assurer l'ordre raisonnable de la société, condition qu'une règle mécanique, renvoyant à une loi, ne remplit pas nécessairement, et qui peut entraîner la nécessité de formuler une règle juridique, indépendante des lois soi-disant en conflit. En réalité, le renvoi à une loi ne doit avoir lieu que lorsque l'application de cette loi est exigée par l'ordre raisonnable de la société universelle. Il y a là une faute assez générale qui n'a pas peu contribué à créer l'amoncellement des systèmes. La plupart des auteurs mettent en ligne les divers éléments d'une obligation, qui peuvent servir de point d'attache pour une loi, la nationalité, le domicile, le consentement des parties, le lieu du contrat ou de l'acte, l'objet de la prestation, le lieu où elle doit être exécutée, etc., et partent ensuite de l'idée qu'il faut absolument faire un choix entre les lois qui se rat-

tachent à l'un ou l'autre de ces éléments. Cela n'est pas juste.

L'existence d'une communauté juridique du genre humain impose à tous les Etats, individuellement et collectivement, des devoirs qui sont la raison d'être de leur autorité. Chaque Etat, doit assurer, dans les limites de son territoire, l'ordre raisonnable de la vie en société, aussi bien l'ordre raisonnable de la société locale que celui de la société universelle. Ce devoir lui donne le droit de légiférer et de juger. Tous les Etats, pris en commun, ont le devoir et le droit d'agir dans le même esprit pour tout le globe.

Le développement du devoir et du droit de l'Etat, pris individuellement, forme la branche de la méthode du droit international privé que j'ai cru devoir appeler la méthode individuelle. Ce dernier mot importe assez peu, on pourrait parler de méthode particulière ou spéciale.

Lorsque l'on se représente la mission de l'Etat, agissant isolément par le moyen de sa législation et de son corps judiciaire, pour assurer, dans les limites de son territoire, l'ordre raisonnable de la société locale et de la société universelle, on voit que les relations juridiques en général et les obligations en particulier se présentent sous plusieurs faces, que, dans mon précédent travail, j'ai désigné sous le nom de face nationale, face relativement internationale et face absolument internationale.

Une relation juridique se présente sous la face nationale lorsqu'elle appartient, au point de vue de l'Etat appelé à légiférer, ou du juge appelé à se prononcer, à la vie active locale, pour laquelle le droit national est fait en tout premier lieu. L'Etat doit délimiter cette vie active locale et il délimite alors en même temps la sphère d'action de son propre droit national; s'il ne le fait pas, le juge doit le faire. Dans cette sphère

d'action, le juge appliquera, sans hésiter, le droit de son pays ; l'Etat dont il est l'organe considère certainement l'application de ce droit comme une exigence de l'ordre raisonnable de la société. Cette localisation du droit national est inévitable. Dans la suite du travail actuel j'appellerai relations juridiques *locales-nationales*, les relations, qui, au point de vue du juge, appartiennent à la vie active locale de son propre pays et sont soumises nécessairement, au même point de vue, au droit national de ce pays.

Ensuite, l'Etat et le juge peuvent se trouver en présence de relations juridiques, qui appartiennent à la vie active locale d'un pays étranger, et sur lesquelles ils ne sont appelés à se prononcer que parce qu'ils se trouvent avoir, au moment où un procès est intenté, juridiction sur le défendeur. Le respect de la loi étrangère s'impose pour ces relations juridiques, à moins que des considérations d'ordre public universel ne s'y opposent. En ce sens, et sous cette face, on peut parler du respect de droits acquis dans le droit international privé. Les relations juridiques dont il s'agit sont relativement internationales, nationales au point de vue d'un pays, internationales au point de vue d'un autre. Un contrat, conclu en France entre deux Français domiciliés en France relativement à un objet qui s'y trouve et qui doit y être livré, est national par essence, mais il se peut que par un changement de domicile du débiteur, le juge d'un autre pays soit appelé à se prononcer ; pour ce dernier la relation juridique est *relativement* internationale. Pour plus de clarté, dans la suite du travail actuel, j'appellerai relations juridiques *locales-étrangères* les relations de ce genre.

Enfin, il se peut que la relation juridique n'appartienne pas à la vie active locale d'un pays, mais à la vie active internationale

ou universelle. Dans ce cas le droit applicable n'est pas indiqué d'avance, cependant il dérive des exigences juridiques de la société. L'Etat et le juge qui est son organe ont le devoir d'appliquer, à la relation juridique internationale, le droit qui lui convient dans la vie active universelle. Ce droit peut correspondre, ou bien à la loi d'un pays déterminé (celle du pays où le juge siège n'est pas exclue si les exigences juridiques de la vie sociale universelle y renvoient) ou bien à une règle juridique indépendante d'une loi, en tenant compte de l'ordre public local et de l'ordre public universel. Les relations juridiques en question sont *absolument* internationales ; dans la suite du travail actuel, par opposition à celles qui se présentent sous la face locale-nationale ou la face locale-étrangère, je les nommerai relations juridiques *internationales*.

Les résultats que l'on peut atteindre en se plaçant au point de vue d'un Etat ou d'un juge sont limités. L'Etat, agissant isolément, ne peut pas mettre fin à la contradiction des lois. Le juge ne le peut pas non plus. Pour que la communauté du genre humain soit pleinement soumise aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active, il faut que les Etats agissent collectivement. Pour cela, une conviction juridique commune des Etats est nécessaire ; la branche de la méthode du droit international privé, que j'ai cru pouvoir appeler la méthode universelle — générale, si l'on veut — a pour but de la créer. Elle se développe de nos jours par les travaux des congrès et des associations scientifiques permanentes, dont les résolutions ont la valeur de projets. En attendant qu'il y ait un pouvoir législatif central pour notre planète, ce qui peut bien se faire attendre quelque peu, les résolutions communes des Etats peuvent acquérir une force positive par le moyen de traités ou de lois uniformes, qui sont la menue monnaie de la loi internationale.

§ 5. *Plan général.*

Conformément à ce que je considère comme une nécessité de méthode, j'ai à examiner tout d'abord quand un juge devra considérer une obligation comme locale-nationale, c'est-à-dire comme appartenant à la vie active locale de son propre pays.

Naturellement il faut que j'évite de me placer au point de vue du juge d'un Etat qui a fait choix d'un système. Dans ce cas, en effet, la mission du juge est dominée par ce système. Lorsque la loi dit expressément que les contrats, par exemple, sont régis par la loi du lieu où ils ont été conclus ou par celle du lieu où ils doivent être exécutés, tout se réduit à la question de savoir où un contrat a été conclu ou bien où il doit être exécuté. La jurisprudence, qui est basée sur des dispositions positives de ce genre, ne peut pas m'être d'une grande utilité.

Mon but, l'étude expérimentale, m'oblige à faire mes recherches sans système. Mais aussi, je ne me demande pas tout d'abord quelle est la loi qui régit l'obligation, mais seulement comment la vie active locale pourra être délimitée. Pour la réponse à faire à cette question, j'ai l'appui d'un principe commun à toutes les législations, principe qui donne pour base à toutes les obligations un devoir d'homme à homme, dérivant de l'état de société, et dont la sanction est exigée par l'ordre raisonnable de la vie, qui est le but de cette société. Cela étant, je pourrai déclarer qu'une obligation appartient à la vie active locale d'un pays, lorsqu'elle se rattache au territoire de ce pays par tous les éléments, qui déterminent le devoir social d'homme à homme, servant de fondement à l'obligation. Il n'est pas nécessaire que tous les éléments, sans exception

aucune, soient attachés au territoire, ce serait enfoncer une porte ouverte. Ainsi une obligation contractée comme celle dont je parlais tout à l'heure, entre Français domiciliés en France, sans qu'aucun élément se rattache à un autre pays, est certainement une relation juridique locale. C'est la porte ouverte, qu'il est inutile d'enfoncer. Mais qu'il s'agisse d'un étranger, domicilié en France, qui y achète un objet dans une boutique, je dirai encore que l'obligation est locale, bien que la nationalité de l'acheteur se rattache à un autre pays ; je fais abstraction de cet élément parce qu'il n'a aucun rapport avec le devoir social d'homme à homme, qui sert de fondement à l'obligation contractée dans ces circonstances. Il est facile de saisir que l'obligation dérivant d'une relation juridique, qui appartient à la vie active locale d'un pays, doit être soumise en principe, quant à sa substance, au droit de ce pays, tant pour le juge du pays même, que pour un juge étranger

Ce premier pas fait, il est aisé d'en faire un second. Une relation juridique peut, sans appartenir à la vie active locale, y pénétrer par un élément prépondérant. Que l'étranger de tout à l'heure, sans avoir son domicile en France, s'y soit rendu en touriste et que comme tel il achète dans une boutique un objet d'usage journalier, qu'il prenne logement dans un hôtel, ou qu'il dîne au restaurant, la relation juridique ne cessera pas d'appartenir à la vie active internationale, mais elle pénétrera dans la vie active locale-française par un élément prépondérant, le lieu où le marchand offre sa marchandise au public, ou bien le lieu où une personne, qui exerce une profession en France, doit rendre un service professionel. Ces éléments dominent tellement la nationalité et le domicile du voyageur, qu'on peut dire que la

relation juridique internationale pénètre profondément dans la vie active locale, ce qui entraînera encore l'application du droit local. C'est une exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle qui renvoie ici au droit d'un pays déterminé.

Cette méthode d'investigation n'est pas une chose facile, comme la suite de mon travail le démontrera. Pour le moment, je voudrais seulement dire qu'elle peut servir à faire comprendre pourquoi les systèmes qui, pour les contrats en général, veulent prendre pour atout, si je peux m'exprimer ainsi au figuré, soit le lieu du contrat, soit celui de l'exécution, soit la nationalité ou le domicile des parties, soit même l'autonomie des parties, ont le tort de trop généraliser.

Un contrat peut être conclu dans un pays entre personnes qui ne font qu'y passer ou qui y ont pris rendez-vous ; rien ne prouve que le but social de ce contrat se rattache au territoire. Si le contrat a été conclu par correspondance, rien ne prouve encore que son but social se rattache plutôt au pays où l'offre a été faite qu'à celui où elle est acceptée.

Le lieu d'exécution d'un contrat peut être multiple, indéterminé ; quelquefois on ne pourra déterminer le lieu de l'exécution qu'après avoir reconnu la loi applicable au contrat. On ne peut pas dire que le but social de tous les contrats soit déterminé par le lieu d'exécution.

La nationalité et le domicile du débiteur, la nationalité commune ou le domicile commun des parties, sont des éléments très importants, mais ils ne sont pas décisifs pour toutes les obligations.

La volonté commune des parties, ou plutôt l'expression positive ou tacite de cette volonté, aura une importance immense dans la matière des obligations contractuelles, mais cette importance dérive du fait que toutes les législations

reconnaissent, en général, l'autonomie. Les parties ne sont au-dessus des lois qu'en tant que les lois se subordonnent aux parties. De plus, il n'est pas toujours possible d'établir une volonté commune, portant sur une loi.

Même on peut déjà entrevoir pourquoi le système, qui soumet toujours les obligations délictuelles à la loi du pays où le fait s'est passé, est trop large. Très souvent ce lieu sera décisif. Le fait trouble l'ordre social local, et l'obligation qui en résulte a pour but de réparer le dommage qui a été causé. Mais il y a des faits qui se manifestent sur plusieurs territoires, d'autres qui ont lieu en pleine mer. Puis l'obligation, qui résulte d'un fait, peut se porter sur une autre personne que l'auteur. Le propriétaire d'un navire, par exemple, peut être obligé par le fait illicite du capitaine. Pourquoi l'obligation du propriétaire serait-elle absolument et nécessairement soumise à la loi du lieu où le fait s'est passé ?

Les arguments que j'emploie ne sont pas nouveaux. Ils ne sont pas de moi. Ce sont les arguments habituels par lesquels les défenseurs d'un système attaquent celui des autres. A mon avis ils prouvent contre tous les systèmes absolus. Je revendique ma liberté et celle du juge.

Lorsque dans mes expériences je prendrai le point de vue du juge, ce sera donc celui du juge d'un Etat, dont la loi se tait sur le droit qui doit régir la substance des obligations, dans la vie active internationale. Je rends hommage aux travaux des auteurs qui, selon ce que la méthode individuelle ou particulière de notre science exige, ont pris le point de vue du juge de leur pays. C'est ce qu'ont fait, entre autres, WESTLAKE, pour

l'Angleterre, VESQUE VON PÜTTLINGEN (1) et JETTEL (2) pour l'Autriche, MUHEIM (3) pour la Suisse, BROCHER, pour le juge dont le pays est régi par le code Napoléon, etc. Mais, dans le travail actuel, je suis forcé de prendre le point de vue du juge d'un Etat, déterminé seulement par le fait que sa loi est muette, ce qui entraîne un examen des limites rationnelles de la vie active locale et des exigences rationnelles de la vie active universelle. Après cela, il est aisé de passer, du point de vue du juge, à celui du législateur national et supranational. La loi nationale et la loi supranationale, sans doute, peuvent faire ce que le juge ne peut pas faire, elles peuvent trancher arbitrairement un nœud qui n'est pas dénouable par la raison et se contenter d'une solution mécanique, mais encore faut-il, pour qu'elles opèrent ainsi, que l'on constate d'abord l'existence d'un nœud, digne d'un coup de tranchet.

Pour appliquer mon principe d'investigation aux diverses obligations, il faut les classifier d'après une donnée logique, qui tienne compte à la fois de leur caractère commun et de leurs différences. C'est ce que je vais essayer de faire, sans avoir d'autre but que celui de ranger en bon ordre le matériel d'investigation.

§ 6. *Classification des obligations.*

A. **Base de classification.**

Le droit romain nous a légué la distinction classique entre les contrats et les délits, distinction qui comporte des sections

(1) *Handbuch des in Oesterreich geltenden intern. Privatrechts* (1878),

(2) *Handbuch des Int. Priv. R. und S. R. mit Rücksicht auf die Gezetzgebungen Oesterreichs-Ungarns, Croatiëns und Bosniëns* (1893).

(3) *Die Principien des intern. Privatrechts im Schweizerischen Privatrechte* (1887).

de réserve pour les quasi-contrats et les quasi-délits, et même pour les „variarum causarum figurae" qui restent. Cette distinction mérite d'étre nommée avec respect. Elle a été le flambeau qui a passé de génération en génération, sans jamais s'éteindre tout à fait. Mais je ne saurais la prendre pour base. Pour moi, abstraction faite de la difficulté de faire entrer dans la catégorie des contrats classiques les obligations qui dérivent de titres tels que la lettre de change, elle a le défaut de masquer le caractère commun de toutes les obligations. Elle a d'ailleurs été abandonnée par les législations des derniers temps, qui ont bien conservé l'opposition entre le contrat et le délit, mais sans en faire la base de la classification.

Les temps modernes nous ont apporté une autre distinction inconnue du droit romain, dans le sens où elle est inconnue du droit anglais, c'est la distinction entre les obligations civiles et les obligations commerciales. Je la considère comme importante sous bien des rapports. Elle a une valeur historique considérable. Elle est enracinée si fortement dans le droit matériel et le droit de procédure de bien des pays, que l'application du droit de ces pays n'est pas possible sans qu'on en tienne compte. Je suis porté à lui assigner une mission relativement courte mais brillante ; grâce au caractère cosmopolite de certaines institutions du droit commercial, l'unification du droit de ces institutions peut précéder celle du droit civil général. Mais je la repousse en tant qu'elle tendrait à faire croire qu'il y a lieu de soumettre une obligation à des règles spéciales par cela seul qu'elle est commerciale, et je la considère comme incapable de servir de base de classification pour le droit international.

Le droit commercial est plus coutumier, plus vivant, plus cosmopolite que le droit civil, mais il n'y a pas là de différence

foncière, il n'y a que des degrés dans des qualités communes, c'est une question de plus ou de moins. On peut distinguer la vente commerciale de la vente civile et parler d'un louage, d'un prêt, d'un dépôt, d'un mandat, d'un gage commercial, etc., etc., mais il n'y a là que l'aveu d'un défaut d'élasticité dans les contrats civils. Bien des législations ne distinguent pas ou ne distinguent que sous le rapport de la preuve. La question des tribunaux de commerce dépasse la portée du travail actuel, je voudrais dire seulement que s'il est possible de trouver une procédure extraordinaire, plus libre, plus rapide et moins coûteuse que la procédure ordinaire, et donnant les mêmes garanties de bonne justice, il faut se hâter de transformer cette procédure extraordinaire en procédure ordinaire.

Le commerce est une branche de la vie active générale, comme l'agriculture, l'industrie, et même l'art ou la science, mais une distinction minutieuse entre les commerçants et les non-commerçants, entre les actes de commerce et les actes civils, est une question de textes. C'est ce qui fait que la distinction est plutôt embarrassante qu'utile pour le droit international ; en réalité, comme nous le verrons, ce n'est qu'après qu'on a reconnu qu'une obligation est soumise au droit d'un pays déterminé, qu'on peut établir si cette obligation est civile ou commerciale, d'après le texte des lois de ce pays.

Dans le code civil néerlandais on trouve une disposition, l'art 1269, qui dit que toutes les obligations naissent d'une convention ou de la loi. Puis, dans les artt. 1388 et 1389, le législateur, commentant sa propre disposition dans l'esprit de l'art 1370 du code civil français, ajoute que les obligations qui naissent de la loi se décomposent en obligations, qui dérivent de la seule autorité de la loi et en obligations qui exigent en outre un fait de l'homme, et que ces dernières

obligations se subdivisent encore selon qn'elles proviennent d'un fait licite ou d'un fait illicite. Cette classification ne peut pas non plus me servir. Elle n'indique pas le caractère commun de toutes les obligations, et la disjonction de la loi et de la convention ne répond pas à une idée précise ; dans un certain sens, aucune obligation ne naît de la loi sans qu'il y ait un fait ou un état de choses propres à justifier un lien de droit ; dans un certain sens aussi, toutes les obligations naissent de la loi qui noue le lien de droit.

C'est surtout dans le droit international qu'il faut éviter de parler, en général, d'obligations qui naissent de la loi.

D'abord parce que si l'on admet qu'il y a des obligations qui naissent de la loi et que si l'on demande quelle est la loi qui régit leur substance, la réponse à cette question est impliquée dans la question. Les obligations qui naissent de la loi ne peuvent être régies, quant à leur substance, que par la loi qui les fait naître, de même que les fils de Charlemagne, toute mauvaise plaisanterie à part, ne peuvent avoir pour père que Charlemagne.

L'expression est dangereuse aussi parce qu'elle tend à faire croire que dans la vie active internationale il faut toujours, pour admettre l'existence d'une obligation, remonter à la loi d'un pays déterminé. C'est bien là le cas ordinaire, mais ce n'est pas le seul. Une obligation peut dériver, dans la vie active internationale, de faits qui d'après les règles du droit commun international, les règles admises par toutes les nations, donnent naissance à une obligation. Ces règles sont fort peu développées, mais elles existent. Lorsque, par un échange de déclarations, un accord est intervenu entre deux personnes capables d'après toutes les lois, et que cet accord établit une obligation qui a un objet licite d'après toutes les lois,

tout juge admettra l'existence de cette obligation. Qu'on suppose un accord fait en pleine mer, entre deux navires, dont l'un s'engage à remorquer l'autre pour un prix convenu ; chacune des parties sera tenue de faire ce qu'elle a promis. Tant qu'il ne s'agit que d'interpréter, par le contenu de la convention, l'obligation qui en dérive, il est inutile de remonter à une loi. Il en serait de même d'une convention faite dans une île déserte, et, dans certains cas particuliers, d'une convention faite par correspondance. C'est la part de vérité que renferme le texte de Grotius, qui renvoie au droit naturel. Il vaut mieux parler de droit commun international. Ce droit n'a pas une grande portée, le juge n'y recourra qu'à la dernière extrémité et je proteste d'avance contre l'imputation que je voudrais faire régir, par le droit commun international, tous les contrats faits par correspondance, mais c'est néanmoins du droit international de bon aloi. En réalité, les auteurs, qui divisent un contrat, et qui font régir les obligations de chaque partie par sa loi nationale ou domiciliaire, partent de l'idée que l'existence du lien obligatoire est déterminée par une règle commune aux deux lois. Dans le même esprit, un acte illicite d'après toutes les lois, un acte de piraterie, par exemple, commis en pleine mer, fera naître une obligation de réparer le dommage, d'après le droit commun international.

Tout bien pesé, je pense qu'il faut prendre pour base de classification le principe, que j'ai déjà reconnu comme un élément commun de toutes les législations, le principe que toutes les obligations naissent d'un devoir d'homme à homme, dans l'état de société, devoir dont la sanction est exigée par l'ordre raisonnable de la vie active. Les obligations ont toutes la même source, le devoir social d'homme à homme, mais elles

diffèrent par les faits qui déterminent ce devoir social ; on peut les classer par ces différences. Cette distinction rend plus facile aussi l'investigation à faire quant à la question de savoir si ce devoir social appartient à la vie active locale ou à la vie active générale. Je vais passer en revue les diverses classes que je compte distinguer ; chaque classe sera divisée et subdivisée, pour les recherches de détail, dans la partie de mon travail que je lui consacrerai, avant d'arriver à une conclusion.

B. **Obligations qui ont leur source dans un contrat.**

Je n'ai garde de donner une définition de la convention ou du contrat. Même celle du droit romain n'a pas la valeur d'une conception internationale commune. On ne pourrait d'ailleurs définir la convention, dans le droit international, qu'en la rattachant à un genre supérieur dont la notion devrait être supposée connue. C'est un inconvénient que je reconnais, mais il n'est pas très sensible pour moi, qui ne pars pas d'un système sur le droit qui doit régir le contrat en général et qui n'emploie l'idée du contrat que comme terme de classification, destiné à servir de rubrique à des faits qui sont considérés comme des contrats par toutes les lois dont je parlerai.

Le lecteur, je suppose, connaît la célèbre controverse attachée, dans la matière des actes juridiques en général et des contrats en particulier, à l'opposition faite entre

la volonté intime,

la volonté exprimée, et

la confiance inspirée par l'expression de la volonté,

controverse si importante lorsqu'il s'agit de décider, entre autres, de l'effet de l'erreur. Le droit international ne peut

présenter qu'un écho des discussions que cette matière engendre dans les droits nationaux ; c'est d'ailleurs moins une question d'élimination de la volonté ou de la confiance, qu'une question de dosage de leur importance pour l'interprétation des déclarations de volonté, qui émanent des parties ou même du législateur.

Mais dès qu'il ne s'agit pas d'interpréter une déclaration, mais seulement de rechercher le devoir social d'homme à homme qui est la source des obligations contractuelles, je n'hésite pas à rattacher ce devoir à la confiance inspirée. Ce n'est pas parce qu'il a voulu, que le débiteur est lié, mais parce que sa déclaration de volonté, sérieusement faite et régulièrement acceptée, a inspiré au créancier la confiance que la prestation promise serait exécutée loyalement ; l'ordre raisonnable de la société exige que la promesse ainsi faite soit sanctionnée.

Cela n'exclut aucunement l'influence à donner, dans l'interprétation des contrats à la volonté, surtout à la volonté commune des parties.

C. **Obligations qui ont leur source dans un appel à la foi publique.**

Ces obligations dérivent de titres auxquels un droit de créance s'incorpore de telle sorte que celui qui a acquis le titre, régulièrement et selon sa teneur, est créancier de la prestation déterminée dans le titre, alors que celui qui a créé ou émis le titre est débiteur de cette prestation. La lettre de change est le type de ces titres, elle a une suite nombreuse.

Ici encore, je ne voudrais pas faire au lecteur l'injure de croire qu'il a besoin d'explications sur les grandes contro-

verses auxquelles ces titres, et particulièrement la lettre de change, donnent lieu, controverses auxquelles j'ai fait allusion en parlant d'un titre créé ou émis. Les uns y voient une obligation contractuelle dérivant, non pas précisément d'un mandat, mais d'une convention d'émission faite par le tireur avec le premier preneur, qui stipule pour ses successeurs. D'autres y voient une obligation, créée par la volonté du tireur, qui incorpore lui-même sa volonté dans le titre. D'autres encore se contentent de dire que la loi attache à l'émission une obligation, provisoirement sans créancier, ou avec un créancier désigné par sa seule qualité. D'autres enfin veulent aussi tenir compte du fait de l'acquisition régulière du titre. Je me permets de renvoyer à l'exposé de KUNTZE, dans le manuel d'ENDEMANN (1). KUNTZE lui-même est le grand-maître de la théorie de la création, dont le code civil allemand s'est inspiré pour les titres au porteur. DERNBURG enseigne qu'il n'y a plus lieu de discuter dans le droit allemand (2).

Le droit international, encore une fois, n'entend que l'écho de ces controverses. Son application en éprouvera pourtant les effets, soit que le juge, après avoir reconnu le droit applicable, se forme une opinion sur un texte, soit qu'il suive une théorie dans une matière que la loi abandonne aux interprètes.

Mais dès qu'il s'agit de déterminer quel devoir social d'homme à homme incombe à celui qui a confirmé par sa signature un titre de circulation, je n'hésite pas à faire de la confiance inspirée au public le fondement de l'obligation qui incombe au tireur. L'ordre raisonnable de la vie active

---

(1) *Handbuch des Deutschen H. S. u. W.* IV, 2e Abt. § 9 sqq.

(2) Op. cit., II2 § 249.

exige que le tireur fasse la prestation, portée au titre, à celui qui a acquis le titre régulièrement. Il n'y a donc pas une différence fondamentale entre le contrat et le titre négociable, mais seulement des nuances dans le devoir social d'homme à homme. La loi prend acte aussi de la confiance inspirée au public lorsqu'elle tient pour obligé celui qui promet publiquement une récompense pour tel ou tel fait ou qui met une chose en concours public (1).

D. **Obligations qui ont leur source dans un fait qui cause un dommage à autrui.**

Pour le type classique de l'acte illicite, imputable et dommageable, il n'est certes pas nécessaire d'insister sur le devoir social d'homme à homme qui forme la source de l'obligation. Dans les cas exceptionnels où le dommage doit être réparé par l'auteur du fait, alors que le fait ne lui est pas imputable, par exemple dans le cas d'un enfant en bas-âge (2), l'obligation reposera sur le devoir social attaché à la fortune ou sur d'autres circonstances de nature à établir ce devoir.

Il est un peu plus difficile de retrouver le devoir social en question lorsqu'il s'agit d'une responsabilité indirecte, basée sur le fait d'autrui ou sur une chose. Pour ceux qui voient dans cette responsabilité une présomption de faute personnelle, la difficulté consiste seulement — ce qui ne veut pas dire que ce soit chose facile — à expliquer cette présomption. Cette explication donnée, on se trouve en face du même devoir social que celui qui est attaché à un acte illicite personnel. Quant à ceux qui rejettent la présomption de faute, et en même temps la

(1) Code civil allemand §§ 657—661.

(2) Code fédéral suisse, art. 58. Code civil allemand § 829.

disculpation qui détruit la présomption, il faut qu'ils établissent un devoir social par le danger, que fait courir au public celui qui exerce une profession dangereuse, ou qui se permet d'entretenir des animaux ou de posséder des choses qui peuvent causer un dommage à un autre membre de la société.

Enfin, s'il y a des cas où une responsabilité civile est attachée à un acte licite, il faut encore expliquer cette responsabilité par un devoir social d'homme à homme. Le cas le plus difficile est celui où un homme, par nécessité ou pour sauver un bien important, a sacrifié la chose ou le droit moins important d'autrui, et où la loi l'oblige à réparer le dommage. Cette obligation n'est pas universellement admise; elle est discutable, mais sur quoi discute-t-on ? N'est ce pas sur le point de savoir s'il y a un devoir social d'homme à homme, dont l'ordre raisonnable de la société exige la sanction ?

E. **Obligations qui ont leur source dans le fait qu'une personne s'est enrichie aux dépens d'une autre sans cause légitime.**

Le cas typique est le paiement de l'indu, mais ce n'est pas le seul. L'explication classique que l'on en donne, par le moyen d'un quasi-contrat, est singulièrement faible, ce n'est qu'une quasi-explication, mais ceux qui l'admettent n'ont pas besoin de chercher un autre devoir social que celui qui est attaché au contrat.

Quant à ceux qui ne se contentent pas de l'expression quasi-contrat pour toute explication, et qui ne sont pas satisfaits non plus quand on leur dit que l'obligation en question naît de la loi, ii faut qu'ils trouvent un devoir

social dans les faits dont l'obligation dérive. Cela ne me paraît pas difficile. Ces faits forment le pendant de l'obligation délictuelle. Si dans cette dernière il y a un appauvrissement illégitime et un fait imputable, dans le paiement de l'indu et dans les cas analogues, il y a un appauvrissement illégitime et un enrichissement illégitime, et le rapport entre ces deux faits est tel que l'ordre raisonnable de la vie active serait troublé si la personne enrichie conservait ce dont elle s'est enrichie. Cette situation engendre un devoir social de restitution, que le droit sanctionne.

F. Obligations qui ont leur source dans une gestion spontanée des affaires d'autrui.

Il n'y a pas une grande différence entre cette classe et celle qui précède, mais elle est suffisante pour que je les distingue. Le cas typique est ici encore un quasi-contrat classique, la gestion d'affaires, mais cela n'est pas une explication suffisante.

Je ne voudrais pas dire que les obligations de la classe dont je m'occupe reposent sur le devoir social de prendre à cœur les intérêts d'autrui ou de porter secours à ceux qui en ont besoin. L'obligation générale de rendre service à son prochain se trouve dans une sphère plus élevée que celle du droit ; c'est une obligation morale. Dans des circonstances particulières, un naufrage, un abordage en mer surtout, la loi peut imposer une obligation de secourir, mais cette obligation n'est pas directement exigible ; le fait de ne pas porter secours peut entraîner une peine (1), il peut constituer un

(1) Code pénal néerlandais. Artt. 414, 474.

délit civil d'omission, qui engendre l'obligation de réparer le dommage causé. Cela rentre plutôt dans l'acte illicite.

On peut expliquer, par un devoir social d'homme à homme, les obligations qui naissent de la gestion d'affaires, sans qu'il faille invoquer un quasi-mandat. Celui qui sans y être obligé a entamé la gestion des affaires d'autrui, peut être tenu de continuer cette gestion pendant un temps raisonnable, parce qu'en s'ingérant il a empêché l'intervention d'un autre, et que l'interruption intempestive de la gestion peut causer à celui que l'affaire regarde, un dommage imputable à celui qui a commencé la gestion. Celui dont les affaires ont été gérées utilement, a le devoir d'indemniser le gérant ; c'est plus qu'un devoir de reconnaissance, l'ordre social est intéressé à ce que celui qui a rendu le service ne subisse pas de dommage dans ce cas ; cela découragerait trop ceux qui veulent bien rendre service. En cas de pleine réussite on pourrait même dire que celui que l'affaire regarde s'enrichirait illégitimement aux dépens du gérant, s'il économisait les frais nécessairement attachés à la gestion, cependant ce n'est pas la mesure de l'enrichissement qui sert à établir les droits du gérant. Le bon ordre social exige aussi qu'on n'encourage pas trop une ingérence, qui peut être indiscrète.

Le sauvetage maritime spontané peut être rangé dans la catégorie qui nous occupe, en tenant compte des nuances de la matière. Ici les législations favorisent d'une manière bien plus décidée celui dont les efforts ont été couronnés de succès, et cela se comprend parfaitement, quand ce ne serait que par la considération du danger que le sauveteur peut courir. A la rigueur comprendrait-on qu'une récompense fût accordée à celui qui a tenté d'être utile, et dont la tentative a échoué.

G. Obligations qui ont leur source dans la qualité de membre d'une communauté spéciale.

J'ai voulu éviter de recourir à une classe composée d'obligations variées. Il me semble qu'il n'y a aucune obligation qu'on ne puisse expliquer par un devoir d'homme à homme, inhérent à l'état de société. C'est pour cela que je me contente de faire une classe des obligations attachées à la qualité de membre d'une communauté spéciale, qui forme une société en miniature dans la société générale. L'ordre raisonnable de la société générale exige que dans la communauté spéciale, où les intérêts d'un grand nombre d'individus sont enchevêtrés, l'intérêt général domine les intérêts particuliers. C'est pour cela que tout membre de la communauté spéciale doit faire et supporter ce que l'intérêt général réclame.

On peut expliquer ainsi les obligations attachées à la qualité de membre d'une famille, celles qui naissent du mariage, du voisinage, même les rapports entre les créanciers dans la faillite. Mais dans le travail actuel je ne m'occuperai pas de ces matières qui ont plutôt leur siège dans le droit de famille, le droit foncier, le droit de faillite. Pour moi l'exemple le plus marquant d'une société en miniature, comme source d'obligations, est la situation des personnes dont les intérêts sont localisés à bord d'un navire ; le devoir de contribuer aux avaries communes est fondé sur cette situation.

---

§ 7. *Utilité du droit comparé et de la jurisprudence comparée.*

Je me propose de diviser en groupes les classes d'obligations que j'ai indiquées, de manière à aller aussi loin que possible dans la spécialisation.

Mais je ne veux pas m'engager dans les détails sur les ailes de l'imagination. Je tiens à m'attacher solidement à la réalité de la vie active universelle. C'est pour cela que j'ai invoqué le secours d'une science, qui est la sœur du droit international privé, la science du droit comparé et de la jurisprudence comparée.

Avant d'examiner le droit applicable aux obligations, qui proviennent d'un contrat ou d'une autre source, je me propose de rassembler quelques points saillants de comparaison dans les lois, qui ont des préceptes divergents. Je serai modéré ; le matériel est immense et je tâcherai d'avoir la main légère, pour ne toucher qu'aux points saillants. D'ailleurs souvent la comparaison des lois a été faite avec tant de soin, surtout pour les grandes institutions du droit commercial, que je pourrai me contenter de condenser les résultats obtenus. Je me garderai aussi d'énumérer pour chaque point saillant toutes les lois ; en général deux lois, formant nettement opposition ou contradiction, me suffiront pour chaque point. Je n'entrerai dans une critique qu'à la dernière extrémité, et s'il y a une controverse dans le droit national que j'expose, je me tiendrai prudemment à distance, en constatant seulement l'existence de la controverse. J'ai essayé de suivre le mouvement législatif des pays dont j'ai consulté les lois ; si par inadvertance je n'ai pas tenu compte d'une loi nouvelle, j'en demande pardon d'avance ; la mobilité du droit de la vie active est grande, c'est une des difficultés du droit comparé.

La jurisprudence me sera utile aussi, mais un peu autrement. Le plus souvent les juges partent d'un système, soit que la loi de leur pays le leur impose, soit qu'ils le considèrent

comme généralement admis (1). Dans ce cas, je ne discuterai pas, mais la décision aura toujours l'utilité de préciser une difficulté qui s'est présentée dans la pratique. C'est aussi un moyen de mettre un frein à l'imagination.

---

(1) Dans notre pays le système de la lex loci contractus domine. (Cour d'Arnhem 19 Janvier 1898, Weekblad v. h. R. n°. 7109, tribunal de Rotterdam 9 Juin 1902, Paleis van Justitie, 1902, n°. 160). En Allemagne c'est plutôt celui de la lex loci executionis. (Entscheidungen des Reichsgerichts : VI, 125 ; IX, 225 ; XII, 34 ; XIV, 235 ; XX, 333).

DEUXIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN CONTRAT

TITRE PREMIER

GROUPEMENT GÉNÉRAL

§ 8. *Observation préliminaire.*

Le plan de mon travail, comme je l'ai dit, ne me permet pas de partir d'un système sur le droit applicable aux contrats en général. Mon intention est de suivre une autre route que la route habituelle. Je ne veux pas poser d'abord des principes généraux et les appliquer ensuite aux contrats ; je partirai des contrats en mettant les systèmes, sans parti-pris, sur la pierre de touche de l'application.

J'ai déjà dit aussi que j'entendais laisser dans l'ombre la capacité, la forme et la preuve pour concentrer mes efforts sur la substance. Sans doute en comparant les législations, je rencontrerai des dispositions particulières, pour certains contrats, établissant une incapacité spéciale, des formes exigées avec une sanction plus ou moins sévère, ou bien excluant certains moyens de preuve. Je ne passerai pas sous silence ces dispositions, mais je ne m'étendrai pas, je me contenterai de faire voir combien des dispositions de ce genre contribuent à jeter un voile sur la substance des obligations contractuelles.

C'est de propos délibéré que je n'entre ici dans aucune considération sur le consentement et ses vices, sur l'objet

des contrats, sur ce qu'on appelle quelquefois leur cause, sur les diverses espèces de contrats. Je veux aller droit à mon but, conformément à mon plan, en appliquant la méthode que j'ai choisie. Avant d'examiner les divers contrats, il faut les grouper dans un certain ordre.

---

§ 9. *Les divers groupes de contrats.*

Ce n'est pas une chose facile que de grouper les contrats, parce qu'il y a souvent un mélange de toutes sortes d'éléments dans le même contrat. D'un autre côté, le groupement n'a pas une immense importance, il s'agit simplement de ranger; plusieurs modes de groupement pourraient être également bons. J'ai essayé de grouper les contrats d'après l'élément qui domine dans la réglementation légale: je suis arrivé ainsi à former cinq groupes qui comprennent les divers contrats civils et commerciaux.

Le premier groupe se compose de contrats qui se rattachent à la *mise en valeur de biens.* L'expression „mise en valeur" est large, de manière à comprendre la vente, le louage, le prêt et même le dépôt. Le mot „bien" comprend les biens matériels et immatériels, qui peuvent être éléments d'un patrimoine, ainsi que le crédit et la chance. Le groupe contient un grand nombre de contrats, qui remontent à la plus haute antiquité et que les législations mettent généralement en avant; c'est pour cela que j'en ai fait le premier groupe, bien que de nos jours le travail ait acquis une importance au moins égale à celle des biens.

Le deuxième groupe se compose des contrats qui se rattachent à une *prestation de travail.*

Le troisième est formé par les divers contrats *d'association*. Les sociétés commerciales y trouveront place.

Dans le quatrième j'ai placé *l'assurance*. Je la considère comme une modalité de l'association, mais la chose est bien controversée, et rien n'empêche de faire une distinction.

Le cinquième groupe enfin renferme les contrats qui ont pour but la *consolidation* d'une situation juridique. L'expression est large aussi, afin de pouvoir comprendre les contrats de confirmation, de sûreté et même la transaction.

Pour éviter tout encombrement je ne ferai pas ici les divisions et subdivisions que chaque groupe exige, ces opérations auront lieu avant l'analyse de chaque groupe.

TITRE SECOND

EXAMEN DES DIVERS GROUPES

1er GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES. MISE EN VALEUR DES BIENS.

§ 10. *Division de la matière.*

Dans notre groupe les *biens matériels* dominent, sinon par leur importance, du moins par la place qu'ils occupent dans les lois. Ils formeront la première section du groupe.

Le plus ancien des contrats de mise en valeur des biens, l'échange, le contrat commutatif par excellence, a été détrôné depuis des siècles par la vente, le contrat qui appartient à la fois à la vie active civile et au commerce et qui atteste leur unité. Conformément à la tradition, je mettrai en avant la vente de biens matériels, qui aura l'échange pour satellite. De la transmission du droit absolu de se servir d'un bien à la transmission de l'usage temporaire il n'y a qu'un pas, cela nous donne les types classiques du louage et du prêt. De même il n'y a qu'un pas de la transmission de l'usage temporaire à celle de la détention temporaire, qui nous conduit au type du dépôt. Il y a dans le dépôt un élément de travail à prester par celui qui entreprend de garder un bien, mais cet élément ne domine pas dans la réglementation légale,

c'est plutôt le bien que les lois ont en vue. D'ailleurs, lorsque le dépôt est irrégulier et que le bien ne doit pas être rendu en nature, ce qui de nos jours est devenu le caractère régulier du dépôt d'espèces, la garde disparaît à peu près entièrement et il ne reste plus guère qu'une prestation qui a un bien pour objet. Les contrats de gage et d'hypothèque ne seraient pas ici à leur place, ce sont des contrats accessoires dominés par le droit réel et le privilège auxquels ils conduisent. Leur place est dans la doctrine des droits réels. La donation, par contre, ne serait pas déplacée dans la section, on pourrait même la mettre immédiatement après la vente, mais, pour des motifs à donner plus tard, il vaut mieux lui consacrer une section spéciale.

Une deuxième section comprend les contrats de mise en valeur des *biens immatériels.*

Ces biens comprennent des droits absolus, tels que les droits d'auteur ou un brevet d'invention, des droits relatifs, tels que les créances, et des collectivités de droits, une hérédité par exemple. Ces biens peuvent être l'objet de contrats de transmission, quant à la propriété et quant à l'usage, mais les lois généralement ont attaché plus d'importance au résultat de ces contrats, la transmission et ses modes, qu'à l'obligation de faire cette transmission à titre onéreux ou à titre gratuit. Il n'y a guère des contrats nommés spéciaux dans la matière, sauf le contrat d'édition, qui commence à prendre rang dans la série des contrats nommés et que l'on peut insérer parmi les contrats de mise en valeur des biens, tout en reconnaissant qu'il renferme des éléments de travail et même d'association.

La troisième section a pour rubrique : *le crédit.*

Le crédit, dans le sens de la confiance qu'une personne

inspire à ses concitoyens, est un bien précieux, mais trop personnel pour être transmissible. C'est à peine s'il peut être apporté dansune association, comme accessoire d'autres biens ou de l'industrie. Mais le crédit devient objet lorsque la personne qui a confiance s'est engagée à mettre certains biens à la disposition d'une autre. Ces biens disponibles sont à certains égards éléments du patrimoine du crédité et les contrats qui s'y rattachent peuvent être compris parmi les contrats de mise en valeur. De ce nombre sont l'ouverture de crédit, le compte-courant, etc.

La *chance* forme le titre de la quatrième section.

La chance devient objet lorsqu'un événement prévu, bien que dépendant du hasard, donne droit à une prestation. Ce droit peut être mis en valeur, transmis même temporairement. Les contrats dominés par la chance sont dits aléatoires. De ce nombre sont le jeu et le pari, contrats nommés mais de mauvais renom. Puis le contrat de rente viagère et le prêt à la grosse, qui n'ont de commun que leur caractère aléatoire. L'assurance ne se rattache aux contrats aléatoires que par un fil historique, dont il reste quelques traces.

La *donation* enfin a une section particulière.

Je suis disposé à voir dans la donation un contrat. On peut donner toutes sortes de biens. La donation a, comme la vente, pour résultat la transmission de biens, on peut dire qu'elle les met en valeur, surtout si la donation impose certaines charges. Mais la nature de la donation est controversée. Plusieurs législations ont établi entre la donation et le testament un rapport intime. La donation se rattache même à la famille. Ces raisons sont suffisantes pour la traiter à part, ce qui ne peut faire d'ailleurs aucun mal.

1[re] SECTION

BIENS MATERIELS

§ 11. *Type de la vente* (*échange*).

A. Points saillants de comparaison.

a. caractère général.

Quand on considère de haut et superficiellement le caractère que les lois donnent à la vente, il ne semble pas qu'il y ait de grandes différences. Il s'agit toujours d'une convention synallagmatique par laquelle un vendeur s'engage à „livrer" une chose à l'acheteur qui s'oblige à payer un certain prix. Mais quand on entre dans les détails, on trouve des divergences nombreuses. Il n'y a pas même accord sur les obligations qui dérivent naturellement du contrat. Le code civil allemand a cru devoir exprimer (1), dans son § 433, que le vendeur d'une chose s'engage à transmettre la propriété à l'acheteur, et que ce dernier s'engage à prendre livraison de la chose. Ce dernier point peut faire naître des doutes dans les législations qui ont gardé le silence; il est difficile, sur la seule interprétation du contrat et par l'effet des principes généraux, d'imposer dans tous les cas à l'acheteur cette obligation. Mais il faut constater surtout qu'avant même d'arriver à la substance des obligations

---

(1) Conf. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, No. 2 sqq. ROLIN. op. cit. III p. 173.

qui naissent de la vente, on est forcé de tenir compte de toutes sortes de différences d'autre nature, qui se rattachent à la transmission de la propriété, ainsi qu'à la forme, à la preuve, et à la capacité des parties, au moins en tant qu'il s'agit de leur influence sur la transmission de la propriété.

b. transmission de la propriété.

En théorie pure, on peut concevoir la vente comme une convention entièrement indépendante de la transmission de la propriété. Elle est l'accord qui constitue des droits d'obligation, droits relatifs et personnels. La transmission de la propriété exige un autre accord, entre le propriétaire et l'acquéreur, accord qui établit le droit de propriété, droit absolu et réel. Le droit français emboîte en principe ces deux accords l'un dans l'autre. Le code civil français, dans son art. 1583, pose la règle générale que par la perfection de la vente la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur. Cela est conforme à la règle du droit français qui fait acquérir la propriété par l'effet des obligations. Il faut ajouter cependant que depuis la loi du 23 Mars 1855, la propriété immobilière ne s'acquiert à l'égard des tiers que par la transcription. En Belgique, la loi du 16 Décembre 1851, en Italie, le code civil (1) renferment des dispositions analogues. Le code civil des Pays-Bas n'admet pas la translation de la propriété par l'effet des obligations, il faut la tradition qui s'opère, pour les immeubles, par la transcription (2). Mais cette dernière ne fait passer la propriété que si le titre transcrit émane de celui qui a le pouvoir de disposer. De cette manière la vali-

---

(1) Artt. 1125, 1126, 1314, 1932, 1942.

(2) Artt. 639, 671. Je n'entre pas dans les controverses que ce dernier article suscite.

dité de la vente, qui est le titre, influe pourtant sur la transmission de la propriété, même à l'égard des tiers. En Allemagne enfin, la vente ne transmet pas la propriété, et la manière dont le droit foncier est organisé a pour effet que la déclaration de transfert, inscrite dans les registres, donne au tiers acquéreur de bonne foi un droit absolument indépendant du titre de son auteur. Pour les biens meubles, la différence n'est pas aussi sensible, mais il y a souvent pour la transmission des navires de mer ou des navires assimilés à ceux-ci, des dispositions qui reproduisent le droit de la transmission des immeubles (1).

c. forme et preuve.

La vente, dans le droit français, est parfaite par le seul consentement qui peut être exprimé verbalement, mais la preuve testimoniale est exclue en matière civile dans les limites fixées par la loi; en matière de commerce la loi (art. 109 C. d. C.) est plus large. Pour les actes unilatéralement commerciaux il y a controverse (2). Le droit néerlandais est dans le même esprit; le chiffre est plus élevé et la preuve testimoniale est toujours admise en matière commerciale. Le droit italien ne s'écarte guère de ce même esprit. L'art. 44 du code de commerce italien vise l'article 1341 du code civil, et mentionne les dispositions de l'art. 1314 du même code sur les ventes immobilières; l'acte unilatéral de commerce est soumis, en vertu de l'art. 54 C. d. C., à la loi commerciale. L'art. 1314, déjà cité, exige, à peine de nullité, un écrit pour les conventions qui transfèrent la propriété d'immeubles ou d'autres biens et droits susceptibles d'hypothèque.

---

(1) Code de commerce néerlandais, art. 309.

(2) Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, III, N°. 87.

Le droit allemand n'a pas de dispositions particulières pour la preuve et la forme de la vente, mais, en vertu du § 313 du code civil, la convention, par laquelle une partie s'engage à transférer la propriété d'un immeuble, doit être faite par acte notarié ou judiciaire; le § ajoute que le vice est couvert lorsque la déclaration de transfert (§ 925 c. c.) et l'inscription dans les registres fonciers ont eu lieu. Les lois particulières des Etats allemands peuvent, pour les immeubles qui y sont situés, apporter quelque changement à cette disposition (1). Le code fédéral suisse abandonne les ventes d'immeubles au droit cantonal (2). Dans le droit anglais, ancien et nouveau, la distinction entre les immeubles et les biens meubles est capitale, elle domine toute la matière de la vente (3). La loi de 1893 sur la vente des biens meubles a maintenu, pour l'Angleterre et l'Ecosse, l'antique disposition qui pose des conditions de forme pour les ventes de choses mobilières, dont la valeur est supérieure à 10 livres sterling. Le droit russe a des formes particulières pour la vente proprement dite de biens immeubles (4). Dans le projet de code international de Dudley Field, les contrats relatifs aux immeubles sont soustraits au droit international.

J'ai un peu insisté sur ce point, moins par amour de la forme, que pour montrer l'importance que les immeubles prennent dans un grand nombre de lois.

---

(1) Einführungsgesetz, artt. 141, 142. Cosack, *Lehrbuch des D. B. R.*, § 60 *b*.

(2) Art. 231. Schneider—Fick. Das S. O. R. ad. art.

(3) Addison, *The law of contracts*, p. 865. Vendor and Purchaser's act, 1874. Land Transfer act, 1875. Conveyancing and Law of property act, 1881.

(4) Art. 1417, X, 1, et art. 66 de l'ordonnance sur le notariat. Scherschenewitch, *Outchebnik grach. pr.* § 38. Il y a quelques points controversés. L'auteur cite un arrêt de la Cour de cassation, 1886 nº. 96.

d. Capacité.

La capacité générale de s'obliger aura sur la vente le même effet que sur les autres contrats. Les dispositions des lois sur la minorité, l'interdiction, l'autorisation de la femme mariée, et les règles légales ou doctrinales sur la capacité des étrangers trouveront leur application dans la vente et feront même indirectement, selon les législations, sentir leur influence sur la transmission de la propriété. De plus il y a une grande quantité d'incapacités spéciales à la vente. Le code civil français, et les législations qui, comme ce code, ne permettent pas aux époux de modifier par contrat, après le mariage, le régime matrimonial, et qui voient avec défiance les donations entre époux, ont voulu limiter la vente entre époux (1). Un grand nombre d'incapacités sont encore établies, en raison des rapports entre les parties, ou de la qualité de l'acheteur (2). Les effets de ventes faites en contravention des dispositions légales varient encore, selon que la loi a ou n'a pas attaché la nullité à cette contravention, et selon que la nullité de la vente réagit sur la transmission de la propriété et sur les droits des tiers.

e. vente de choses prohibées.

Pour qu'une vente soit valable, il faut qu'il y ait une chose et que la vente de cette chose ne soit pas prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. C'est en général, une question d'interprétation des systèmes législatifs. Le code civil français (art. 1599), suivi par le code néerlandais (art. 1507) et par le code italien (art. 1461), a déclaré nulle la vente de la chose d'autrui. La disposition est

(1) Code civil franç., art. 1595. Code c. néerl., art. 1503.

(2) Code civ. fr., artt. 450, 1596, 1597. C. c. italien, artt. 1457, 1458. C. c. allemand, §§ 181, 456—458.

critiquable et sa portée donne lieu à des controverses, dont la discussion ne serait pas à sa place ici. Le code civil italien a cru devoir dire que le vendeur ne peut jamais opposer la nullité; le code de commerce italien (art. 59) déclare valable la vente commerciale de la chose d'autrui (1). Le droit allemand n'a pas reproduit la défense. Le § 348 du projet primitif, qui déclarait expressément que le contrat qui se rapporte à la chose d'autrui n'est pas nul, a été supprimé comme inutile (2).

f. risques.

Il y a en somme deux systèmes. D'après celui du code civil français (art. 1624 jo. 1138), dans les ventes qui ne sont pas sous condition suspensive, l'acheteur, créancier-propriétaire d'un corps certain et déterminé, supporte les risques, à moins que le vendeur ne soit en demeure. Le code néerlandais, entre autres, a suivi ce système. Le code civil allemand, au contraire, part en principe (3) de la donnée contraire. Pour la vente, les §§ 445—446 disposent que le periculum ne passe à l'acheteur que par la délivrance de la chose; s'il s'agit d'un immeuble, la transcription dans les registres fonciers met la chose aux risques de l'acquéreur; s'il s'agit de choses expédiées par le vendeur, à la requête de l'acheteur, dans un lieu autre que celui de l'exécution du contrat, les risques passent à l'acheteur par le fait de la remise à un commissionnaire de transports ou à un voiturier. La loi anglaise de 1893 met la marchandise aux risques du vendeur jusqu'à ce que la propriété soit acquise à l'acheteur, ce qui peut avoir lieu (sect. 18) avant la délivrance.

---

(1) Diena, op. cit. II no. 108.

(2) Exposé des motifs, ad. paragr. Reatz, *Die zweite Lesung des Ent. eines B. G.*, ad. paragr.

(3) Dernburg, op. cit. § 95, § 323.

g. inexécution ou exécution défectueuse.

Je m'abstiens d'entrer dans des détails sur les institutions pour ainsi dire classiques de la garantie en cas d'éviction et de la garantie contre les défauts de la chose. Il y a des nuances sensibles et des points controversés. Pour les ventes de certaines catégories d'animaux domestiques et de bestiaux, il y a notamment en France, en Belgique et en Allemagne' des dispositions spéciales sur les vices redhibitoires. La loi anglaise de 1893, section 29 et suiv., a réglé soigneusement un certain nombre de points, entre autres la délivrance d'une quantité trop faible ou trop forte, la divisibilité d'une vente par livraisons espacées et les effets de l'acceptation sur le droit de faire des réclamations quant à la qualité.

Les dispositions du code civil français (art. 1184) et du code civil néerlandais (artt. 1302—1303), sur la condition résolutoire expresse ou tacite dans les contrats synallagmatiques, sont une mine inépuisable de controverses. Même dans le droit allemand, qui a soigneusement réglé la matière, des controverses se sont établies (1). Le code français a spécialement réglé, dans les artt. 1655 et suiv., la résolution de la vente pour le cas où l'acheteur ne paie pas le prix. Le code civil italien a étendu l'art. 1657 du code français à tous les biens meubles, il a eu soin de dire, dans son art. 1511, que la résolution de la vente, pour cause d'inexécution des obligations de l'acheteur, ne portera pas préjudice aux tiers, acquéreurs de droits sur les immeubles, lorsque ces droits seront antérieurs à l'inscription de la demande en résolution. En France et en Belgique, les lois sur la transcription ont donné des garanties aux tiers acquéreurs (2). Dans notre pays

(1) Dernburg, op. cit., II, § 97, 98.

(2) Loi française de 1855, artt. 6, 7. Loi belge de 1851, artt. 28, 30.

la loi est muette sur ce point. La Cour de cassation a admis la révocation ex tunc, comme on dit ; elle l'a même appliquée en cas d'annulation de la vente pour fraude aux droits des créanciers d'un propriétaire antérieur, mais sur ce point la loi a été revisée (1).

Je n'ai pas à parler des privilèges que les lois donnent au vendeur impayé, et qui lui seront particulièrement utiles en cas de faillite de l'acheteur, c'est une matière autre que celle que je traite.

h. rescision pour cause de lésion.

Pour les ventes immobilières, — abstraction faite des dispositions légales sur la garantie de la contenance — il y a une institution qui forme un point saillant de différence entre les lois, c'est la rescision pour cause de lésion. Le code civil français l'a réglée longuement (art. 1674 et suiv.), le code italien la connaît aussi (artt. 1674—1685), avec une nuance dans le chiffre et des divergences pour quelques autres points. Les deux lois défendent de renoncer au droit de demander la rescision. Le droit néerlandais et le droit allemand n'admettent pas la rescision.

i. la vente commerciale.

Dans un assez grand nombre de législations, la vente prend un caractère particulier lorsqu'elle est commerciale. En France, le code de commerce n'a qu'un seul article sur la vente commerciale, encore n'est-il relatif qu'à la preuve ; une loi du 13 Juin 1866 sur les usages commerciaux constitue une codification de coutumes, qui complète la loi. Le premier code de commerce allemand, rédigé à une époque où l'Alle-

(1) Arrêt du 16 Déc. 1881, Weekblad no. 4721. Arrêt du 28 Mars 1881. ibid., no. 5019. Loi des faillites, art. 51. Loi sur la mise en vigueur de la loi des faillites (20. I. 96), art. 3 modifiant l'art 1377 du code civil.

magne n'avait pas encore l'unité nationale du droit civil, contenait une longue série de dispositions sur la vente ; on avait cru nécessaire, dans l'intérêt des relations commerciales, d'obtenir au moins une certaine uniformité dans le droit de la vente. La plupart de ces dispositions sont devenues sans objet depuis la promulgation du code civil général, et la loi du 16 Mai 1897, qui a mis le code de commerce allemand en rapport avec le nouveau code civil, en a fait disparaître la plus grande partie. En ce sens il y a eu fusion entre le nouveau droit général et l'ancien droit spécial (1). Cependant le nouveau code renferme encore quelques règles particulières pour la vente commerciale, et il a soin d'indiquer quelles dispositions s'appliquent à la vente qui n'est commerciale qu'unilatéralement et quelles autres ne s'appliquent que lorsque la vente est commerciale pour les deux parties (§§ 377, 379). Le § 375 règle spécialement le cas où l'acheteur s'est réservé d'indiquer la forme ou la mesure de l'objet vendu, ou une autre particularité de ce genre ; en cas de demeure, le vendeur décide pour l'acheteur. Le code de commerce italien, entre autres, dans ses artt. 59—72, a aussi des dispositions particulières. Même la loi fédérale suisse a une disposition, l'art. 234, qui n'est applicable qu'en matière de commerce (2).

k. espèces particulières de vente et pactes spéciaux.

On trouve enfin dans les lois une foule de dispositions sur des espèces particulières de vente ou sur des pactes caractéristiques. Ainsi le code civil français s'occupe de la vente

---

(1) Materialen zum Deutschen H. G. B. u. d. E. p. 104.

(2) Le texte allemand dit : «im kaufmännischen Verkehr», SCHNEIDER—FICK, op. cit., p. 203.

à l'essai (artt. 1587, 1588), de la promesse de vente (artt. 1559—1560), du pacte de rachat (art. 1659 et suiv.), de la licitation (artt. 1686—1688). Le code de commerce italien a consacré quelques articles au contrat de report (artt. 73 et suiv.) (1). La loi anglaise de 1893, section 15, parle de la vente sur échantillon. Le code civil allemand s'en occupe aussi, ainsi que de la vente à l'essai (§ 494), il a longuement réglé le pacte de rachat et le pacte de préférence. Ce dernier peut avoir le caractère d'une charge réelle grevant un fonds (§ 1094 et suiv.). Une loi spéciale, destinée à protéger la petite bourgeoisie, a réglé les ventes à tempérament (2). Il y aurait là bien des points de comparaison, mais il faut savoir s'arrêter. Je crois avoir mis suffisamment mon imagination à la chaîne.

B. **Application du droit.**

J'ai pu constater qu'il est nécessaire, avant d'arriver à la substance du contrat de vente, de passer par toutes sortes de divergences relatives à la capacité, à la forme et à la preuve. Mais je ne suis pas disposé à m'arrêter en route pour les examiner en détail ; je m'en tiens à la substance. Je voudrais pouvoir laisser aussi dans l'ombre le rapport créé par les lois entre la vente et la transmission de la propriété. Malheureusement cela n'est pas possible ; les deux matières sont trop mélangées; je n'en dirai cependant que ce qui sera nécessaire ; la question étant plutôt du domaine du régime international des biens (3).

D'après la méthode traditionnelle, il faudrait demander maintenant quelle est la loi qui régit la vente, quant à la substance.

---

(1) Vivante, *Trattato di dir. comm.*, IV, § 69.

(2) Loi du 16 Mai 1894. Dernburg, op. cit. II[2] § 200.

(3) Diena, op. cit. I n°. 106.

Mais je me garde de poser la question ainsi. On tombe alors dans un système, celui de la lex loci contractus, de la lex loci executionis, de la nationalité ou du domicile des parties ou du débiteur, ou celui de l'autonomie, qui a pour règle subsidiaire un des trois autres éléments (1). Tous ces systèmes me paraissent avoir la même qualité et le même défaut. La même qualité, en tant qu'ils donnent la certitude un peu mécanique de la règle. Le même défaut, en tant qu'ils n'établissent pas, dans leur généralité, l'harmonie entre le droit et la vie. On se représente bien des cas où la vente doit être soumise à la loi du lieu du contrat; il en est ainsi lorsqu'elle a été conclue dans un marché. On s'en représente aussi où l'application de la loi du lieu où la chose doit être livrée est rationnelle, cela peut résulter de la saine interprétation d'un contrat fait par correspondance. La nationalité commune ou le domicile commun des parties, ou même la nationalité ou le domicile de celui qui doit faire une prestation, et en général toutes les circonstances de la vente, peuvent aussi conduire, par interprétation rationnelle de la volonté des parties ou de la confiance inspirée par l'une des parties à l'autre, à l'application d'une loi (2). Mais appliquer toujours un même système, c'est méconnaître les exigences juridiques de la société universelle. Ces exigences ne renvoient pas toujours et pour toutes les circonstances à une règle fixe.

C'est pour cela qu'au lieu de formuler ma première question selon la méthode traditionnelle, je me demande comment le juge déterminera, en matière de vente, la sphère locale-nationale

---

(1) MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, I n°. 602 sqq.

(2) Arrêt de Cour suprême allemande (Reichsgericht) 19 Octobre 1891 Zeitschrift BÖHM-NIEMEYER, III, p. 157.

de la vie active, de manière à appliquer la loi de son pays dans cette sphère où elle règne seule. Lorsque le législateur a fait de la vente un contrat nommé, il a eu pour but de faciliter les transactions usuelles, en permettant aux parties de se contenter de mentionner leur intention en quelques traits, la loi supplée au reste. Quelle est la sphère normale d'application de ce droit? Je ne dis pas que la question soit résolue parce qu'elle est posée. Mais on peut discuter. Il me semble qu'une appréciation raisonnable du devoir de justice, qui s'impose à l'Etat comme autorité publique locale, doit conduire à la conclusion que la vente sera un contrat local-national lorsque les parties sont domiciliées ou établies professionnellement dans le pays et que la chose vendue se trouve dans le pays, comme corps certain, ou doit y être livrée, en tant qu'elle n'est déterminée que par son genre. Il ne s'ensuit pas que ce soit le seul cas où le juge appliquera la loi de son pays, mais c'est le cas où elle s'applique dans sa sphère d'action normale.

Le lieu du contrat, dans ce cas, ne sera pas décisif, les parties ont pu traiter par correspondance (1), ou pendant un séjour qu'elles ont fait toutes deux à l'étranger. La nationalité, même la nationalité commune des parties, ne déterminera pas non plus, dans ce cas, la loi qui régira la vente, mais elle aura son influence légitime, comme élément d'interprétation, dans les limites que la loi locale assigne à l'autonomie. Toutes les circonstances d'un contrat ont cette valeur d'interprétation.

Ce premier pas fait, il est aisé d'en faire un deuxième, lorsque la vente se présente sous la face locale-étrangère. Le juge peut se trouver en présence d'un contrat de vente conclu entre deux personnes, domiciliées au moment du contrat

(1) Tribunal de Middelbourg 4 Avril 1888 (Weekblad v. h. R. nº. 5592).

dans un même pays étranger, pour la transmission d'un bien qui s'y trouve ou qui doit y être livré, comme il a été dit. Dans ce cas le juge appliquera la loi étrangère, si, dans les limites de sa compétence, il se trouve avoir à juger. C'est cette loi qui, dans une société universelle soumise aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie, est appelée a régir cette relation juridique ; son application s'impose et les droits qui en dérivent sont des droits acquis. Cela n'empêchera pas le juge d'interpréter le contrat, par toutes les circonstances, y compris la nationalité des parties, dans les limites que la loi locale-étrangère assigne à l'autonomie de ces parties.

C'est dire que le juge, sous cette face, tiendra compte des lois prohibitives étrangères. Il se peut aussi que la loi locale-étrangère se heurte à une disposition prohibitive de la législation du pays du juge. Le juge tiendra compte de cette dernière, mais s'il s'agit d'une vente locale-étrangère, il ne le fera que si l'application de la loi étrangère est de nature à troubler l'ordre raisonnable de la vie active universelle, en d'autres termes, si elle est contraire à l'ordre public universel. La disposition qui défend la vente de la chose d'autrui n'est pas une disposition de ce dernier genre. Pour trouver un véritable exemple, il faudrait chercher bien loin, l'action tendant à faire livrer un esclave en serait un, mais il est aujourd'hui bien imaginatif. En somme, si la vente se présente sous la face locale-étrangère, le juge n'a pas à critiquer la loi étrangère, en tant que cette loi repose sur une autre appréciation de l'ordre public local que celle qui a cours dans le pays du juge.

En troisième lieu, le contrat de vente se présentera sous la face internationale. Il aura été conclu alors entre personnes

domiciliées dans des pays différents, ou bien il aura pour objet un corps certain, qui ne se trouve pas dans le pays du domicile commun des parties, ou une livraison générique qui doit être faite ailleurs. Il s'agit alors de savoir si les exigences de la vie active universelle renvoient à une loi.

Il y a une série de cas pour lesquels on peut faire une réponse affirmative. Lorsque la vente a été conclue publiquement à l'encan, ou bien dans un marché (1), une bourse ou une boutique, la vente sera régie par la loi du lieu où l'accord est intervenu, toujours sauf interprétation du contrat dans les limites de l'autonomie accordée par cette loi. C'est la part de vérité que la règle de la lex loci contractus renferme ; dans ces cas le lieu du contrat devient prépondérant.

Faut-il admettre une seconde exception lorsque la vente a pour un objet un immeuble ? Sans doute le vendeur, qui s'est engagé à faire avoir à l'acheteur le droit de jouissance le plus étendu sur l'immeuble et à lui garantir ce droit, devra faire en sorte que l'acheteur obtienne la propriété, conformément au droit qui régit cette propriété et qui ne peut être que la lex rei sitae (2), mais s'ensuit-il que le contrat de vente soit régi par cette loi et qu'il faille apprécier d'après cette loi les obligations des parties, notamment les risques, le paiement du prix, les suites de la demeure de l'acheteur et en général les obligations dérivant du contrat ?

Pour répondre affirmativement, il faudrait être convaincu que la vente d'un immeuble, sous la face internationale, pénètre par un élément prépondérant, dans la vie active locale du pays où se trouve l'immeuble. Or, je ne voudrais

---

(1) Rolin, op. cit., III 199.

(2) Westlake, op. cit., § 216 citant Campbell v. Dent, 1838, 2 Mo. P. C. 292 Lushington.

pas donner absolument cette réponse affirmative. La vente n'établit pas, comme le louage d'un immeuble, une relation durable qui se développe au milieu de la vie active locale. Rien ne prouve non plus que par le seul fait que l'objet de la vente est un immeuble, les parties ont eu nécessairement ou même raisonnablement l'intention commune de suivre la lex rei sitae, ou que chaque partie a inspiré à l'autre la confiance que les obligations, déterminées par la loi locale de la situation, seraient remplies. Enfin, entre la vente et la transmission de la propriété il n' y a aucun rapport nécescessaire. Je pense qu'on ne peut aboutir à l'autorité de la lex rei sitae sur la vente immobilière que par interprétation, selon les circonstances, ce qui veut dire que la lex rei sitae ne régit pas, mais qu'elle est appliquée en vertu d'un principe supérieur, renvoyant à l'intention commune des parties ou à la confiance inspirée (1).

Mais j'ajoute que si, pour moi, il n'y a pas de rapport nécessaire entre la vente et la transmission de la propriété, un très grand nombre de lois ont enchevêtré ces deux matières, et rattaché le droit de la vente à la constitution locale de la propriété foncière. Il en résultera que le juge du pays même, où se trouve l'immeuble, appliquera à la vente la lex rei sitae, parce que tel est l'esprit d'une loi d'ordre public local de son pays. Tel me paraît être l'esprit de la loi anglaise (2). Dans le droit français, des dispositions comme

(1) Oberlandesgericht Jena, 30 Juin 1897. Zeitschrift *Böhm—Niemeyer* VIII, 335. En sens contraire cependant: Reichsgericht 19 Dec. 1889. Ibid. I, 364. Conf. von Bar op. cit., II 284. Meili op. cit., § 121.

(2) Foote, op. cit., pag. 184 sqq. p. 213—216. Westlake est bien moins décisif, op. cit. § 216. Dudley—Field, *Outlines of an intern. code*, pose une règle qui demeure neutre dans le débat (600), mais il cite Westlake en note.

celles qui concernent la rescision pour cause de lésion semblent bien devoir être appliquées par le juge français aux immeubles situés en France (1). La loi fédérale suisse, qui renvoie pour les ventes d'immeubles au droit cantonal (art. 231), paraît bien aussi renvoyer à la loi du canton où se trouve l'immeuble (2). Il y a dans toute cette matière un manque d'harmonie qu'il faut constater franchement.

Mais quand même on serait tenté de vouloir soumettre la vente immobilière à la lex rei sitae, il nous resterait bien des cas, dont le plus important et le plus fréquent, que je prendrai pour type, est celui d'une vente mobilière conclue entre deux personnes domiciliées dans des pays différents. Dans le commerce international, cela se présente journellement, le plus souvent sur la base d'une correspondance. J'admets que c'est à ce cas là que pensent les auteurs, qui ont voulu donner aux relations internationales une entière certitude par un système qui tranche la difficulté.

Je voudrais résoudre cette difficulté sans rien trancher, en dénouant les choses enchevêtrées. Les exigences de la vie active internationale renvoient-elles toujours et d'une manière générale à une loi, dans notre cas? Je ne le crois pas; la multiplicité des systèmes, à elle seule, en ferait douter. L'application d'une loi ne peut avoir lieu que par un intermédiaire, qui est le droit commun international. Cet intermédiaire admis, on peut se rendre compte de la part de vérité que les systèmes renferment.

Dégageons d'abord la question d'autres questions qui em-

---

(1) Brocher, op. cit., II. p. 84. Conf. Rolin, op. cit., III n°. 1196 et suiv. Laurent. *Droit civil internat.*, VIII n°. 144 et suiv.

(2) Schneider-Fick, op. cit., ad art. 231. Notes 1 en 2. Meili, op. cit., II, p. 69.

brouillent les fils, c'est à-dire de la preuve, de la forme, de la capacité des parties et même du caractère plus ou moins licite de l'objet. Toutes ces questions devront être examinées par le juge. La dernière, la question du caractère licite, le sera même bien plus sévèrement pour la vente internationale que pour la vente locale-étrangère, le juge appliquera les lois prohibitives de son pays dans la mesure où elles s'imposent. Mais je peux très bien laisser de côté toutes ces questions épineuses qui m'empêcheraient d'aller droit à mon but. Mettons qu'il soit prouvé qu'il y a un contrat de vente entre deux personnes capables, sans aucun défaut de forme, et avec un objet licite. Dans le commerce ce n'est pas supposer là une chose bien extraordinaire, la vente commerciale n'exige guère de formes et les objets, dont le commerce est permis, sont bien plus nombreux que ceux dont la vente est interdite. Or, ce contrat de vente ayant été conclu dans la vie active internationale, sans incapacité ou sans caractère illicite, il n'est pas besoin de recourir à une loi pour dire que les parties sont obligées de faire ce qu'elles se sont engagées à faire; la force obligatoire du contrat dérive du droit commun international.

Cela étant, nous avons le levier qui soulève le monde. Il s'agit alors d'interpréter le contrat, de déterminer quelle a été l'intention commune des parties, ou s'il s'agit d'examiner plus minutieusement la déclaration que chaque partie a faite, de déterminer quel degré de confiance cette déclaration a dû raisonnablement inspirer à la partie adverse. Cette interprétation le juge la fera d'après toutes les circonstances, la nationalité et le domicile des parties, le lieu d'où une offre est partie et celui où elle a été acceptée, la situation de l'objet, le lieu de la délivrance. De cette manière,

tous les systèmes, même celui qui divise le contrat et qui considère à part les obligations de l'acheteur et celles du vendeur, se feront une concurrence loyale, chacun d'eux peut se flatter de triompher d'après les circonstances de la cause. Si ces circonstances commandent l'application d'une loi, le juge appliquera cette loi (1). Si cette loi permettait une chose contraire à l'ordre public universel, le juge ne l'appliquerait pas, mais le cas est tout imaginatif. Si ce que la loi étrangère permet est défendu, au nom de l'ordre public local, par la loi du pays où le juge siège, celui-ci appréciera, si dans les circonstances données, l'esprit de cette dernière loi exige son application. Il y aura ainsi toujours, en matière d'ordre public local, un élément subjectif, qui fera que la décision judiciaire variera selon le pays où elle est prononcée. En distinguant bien les faces des relations juridiques, on réduit cet inconvénient assez notablement.

Ce résultat est loin d'être pleinement satisfaisant. Ce que le droit gagne sous le rapport de l'élasticité, il le perd sous le rapport de la certitude. Mais pour aller plus loin, il faudrait une entente internationale. Les États, légiférant en commun, pourraient sans doute faire choix d'un système, ou constater formellement l'absence d'un système, mais une fois l'entente admise en principe, je pense qu'ils n'hésiteraient pas à tenter de régler au moins, par une législation uniforme, les ventes de marchandises qui se font d'un pays à l'autre. La loi anglaise de 1893 donne une idée des matières qu'une pareille loi devrait contenir. La vente inter-

(1) Hanseat. O. L. G. 10. II. 1903. Zeitschrift de *Böhm-Niemeyer* 1903 p. 121. Il s'agissait d'un contrat entre Allemands, portant sur des livraisons à faire, pour le corps expéditionnaire allemand, en Chine. La Cour n'a pas appliqué le droit chinois.

nationale n'est pas moins intéressante que le transport international, réglé par le traité de Berne.

C. **L'échange.**

L'échange, dans son évolution historique, s'est tellement rapproché de la vente, qu'il tend à se confondre avec elle. Une comparaison des lois ne peut guère porter que sur les différences qui existent entre la vente et l'échange.

Le code civil français a consacré un petit titre à l'échange. Il en fait un contrat consensuel comme la vente (art. 1703) et lui impose les règles de la vente, sauf les exceptions contenues dans les artt. 1704—1706. Les lois françaises et belges, qui ont introduit la transcription des actes relatifs à la propriété immobilière, s'étendent à l'échange. Le code civil italien, rédigé dans le même esprit, a sauvegardé les droits des tiers en cas de résolution de l'échange (art. 1553) ; comme le code français, il exclut la rescision de l'échange pour cause de lésion, mais il a cru devoir exprimer que lorsque l'un des échangistes d'immeubles a reçu outre son immeuble une somme d'argent qui dépasse la valeur de cet immeuble, le contrat est traité comme une vente dans laquelle l'échangiste en question est considéré comme acheteur et qui peut donner lieu à la rescision pour lésion d'outre-moitié. Le code civil portugais (art. 1545 § unico) et le code civil espagnol (art. 1446) s'efforcent aussi de distinguer exactement la vente de l'échange. Le code civil néerlandais se distingue surtout du code français, qu'il a suivi en général dans la matière, par son art. 1581, qui établit pour les risques, dans l'échange, un principe opposé à celui que le code a déterminé pour la vente (1). Il est

(1) C. Asser, *Het Ned. B. W. vergeleken met het W. Napoleon*, § 764.

plus facile de comprendre cet article, considéré en lui-même, que de s'expliquer la raison de la différence. Le code fédéral suisse applique aussi à l'échange, par analogie, les règles de la vente, sauf une différence quant au droit du copermutant évincé ; il ne paraît pas qu'il y ait de différence quant aux risques (1). Le code civil allemand n'a pour l'échange qu'un seul paragraphe (515) qui applique à l'échange les règles de la vente; en tant qu'elles conviennent à l'échange.

L'échange n'a pas, pour la vie active internationale, l'importance de la vente. Le commerce par troc, mentionné dans l'art. 340 du code de commerce français, article emprunté presque textuellement à l'ordonnance de 1681, ne se fait plus guère. Quant à l'application du droit, les différences entre la vente et l'échange résulteront du fait que dans l'échange il y a deux objets. L'échange sera local-national lorsque deux personnes, domiciliées dans le pays du juge, conviennent d'échanger deux objets qui s'y trouvent ou qui doivent y être livrés, comme il a été dit pour la vente ; il sera local-étranger si tous ces éléments sont attachés au territoire d'un pays étranger déterminé. L'échange international ne se conclura guère dans un marché, une bourse ou une boutique ; pratiquement la règle posée pour la vente ne recevra pas son application. Quant aux immeubles, les difficultés mentionnées pour la vente se présentent aussi, elles seront même plus grandes si les immeubles sont situés dans deux ou trois pays différents, mais la question est peu pratique. L'échange purement international devra être interprété comme la vente purement internationale.

---

(1) Art. 204. SCHNEIDER-FICK, ad art.

§ 12. *Type du louage.*

A. **Subdivision.**

Je ne m'occuperai ici que du louage de choses. Le louage d'ouvrage appartient au groupe caractérisé par une prestation de travail. Le contrat de transport forme dans ce groupe une espèce particulière.

On peut sans doute donner en bail toutes les choses dont l'usage est licite et qui peuvent servir à l'homme sans se consommer. Mais si l'on examine pourquoi les législations ont fait du louage un contrat nommé, on voit que c'est à raison du grand intérêt attaché à l'habitation humaine, à l'usage des édifices et à l'exploitation agricole. Le louage d'objets mobiliers ne donne guère lieu à des dispositions spéciales.

Notre matière se subdivise ainsi:

1°. louage d'édifices, principalement en vue de l'habitation ;
2°. louage agricole ou fermage ;
3°. louage d'objets mobiliers.

Les contrats tendant à la concession de l'usage temporaire de droits seront traités dans la section des biens immatériels.

B. **Louage d'édifices.**

a. *points de comparaison particulièrement saillants.*

aa. caractère général.

Les lois sont nées des usages locaux, elles y renvoient même souvent. Elles ont une odeur de terroir, elles sont destinées manifestement à régir des relations juridiques de la vie active locale. Dans le droit anglais la distinction entre les immeubles et les meubles domine le louage, comme elle domine la vente ; en ce qui concerne les immeubles ce droit se

soustrait à la comparaison avec les autres législations (1). Le droit portugais (art. 1596 c. c.) distingue aussi fondamentalement entre les immeubles et les meubles. Par suite du caractère local des lois, je me contenterai de points particulièrement saillants. Je ne considère pas comme tels la détermination des personnes qui peuvent donner en bail, et celle des choses qui peuvent être louées ou du temps pour lequel le bail peut être fait. Le privilège du bailleur appartient à un autre ordre d'idées que celui que j'ai en vue dans ce travail, mais je ne pourrai pas éviter de parler de la forme et de la preuve, dans leur rapport avec la publicité.

ab. preuve, forme, publicité.

Très souvent les lois, sans enlever au louage son caractère consensuel, lui imposent directement ou indirectement la forme écrite. Le code civil français a inséré, dans la section relative aux baux de maisons et de biens ruraux, les artt. 1715 et 1716, qui placent le bail verbal en mauvaise position, et les artt. 1743 et 1750 qui favorisent le bail authentique ou à date certaine. Le code civil néerlandais a reproduit la teneur des artt. 1715 et 1716 en question. Le code civil italien (art. 1314) exige un écrit, sous peine de nullité, pour le bail d'immeubles excédant 9 ans ; le bail de cette durée doit être transcrit (art. 1932). La loi fédérale suisse exige la forme écrite pour certaines clauses du bail d'immeubles (artt. 275, 297). Le code civil allemand, § 566, a une disposition spéciale pour le bail d'immeubles excédant un an, disposition empruntée au droit prussien (2).

---

(1) ADDISON, op. cit., II, I, 1 (Landlord and tenant).

(2) COSACK, op. cit., § 137 I, 3. REATZ, op. cit., I, 269 not. 8. KÜHLENBECK. *Das B. G.*, ad paragr.

La loi hypothécaire belge (art. 1) exige, à l'égard des tiers, la transcription des baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. La loi française de 1855 a doublé le délai de 9 ans. Chaque législateur, on le voit, suit ses propres idées ; il est clair qu'il pense à la vie active locale.

ac. perte totale ou partielle de la chose; vices.

Quant aux effets de la perte totale ou partielle de la chose et quant à la garantie que le bailleur doit, l'esprit des législations est le même (1), avec des nuances. Je citerai seulement la disposition du § 544 du code civil allemand sur le bail d'une habitation qui se trouve être malsaine à un haut degré, disposition dont la loi interdit de s'écarter.

ad. droit de sous-louer.

Les lois sont en contradiction formelle, pour le cas où il n'y a pas eu de stipulation. La loi française (art. 1717 c. c.), suivie par un grand nombre de législations (2), permet la sous-location ; le code civil néerlandais (art. 1595) refuse en principe ce droit, sauf quand il s'agit de la sous-location d'une partie d'un immeuble habité par le locataire principal. La loi allemande (§ 549 c. c.) a fini (3) par refuser aussi le droit absolu de sous-louer ou de transmettre la chose à un tiers, mais en ajoutant que le refus non justifié du bailleur permet au preneur de se départir du bail.

---

(1) Code civ. franç., art. 1719 et suiv. Loi fédérale suisse, art. 276 sqq. Code civ. allemand, § 536 sqq. Le § 558 de ce dernier code a un délai de prescription.

(2) Code c. autrichien (§ 1098), loi suisse (art. 285), code c. italien (1573), espagnol (1550), portugais (art. 1605).

(3) Projet primitif § 516. Reatz op. cit. I p. 259 note 3.

ae. responsabilité du preneur en cas d'incendie.

Le code civil français, entre autres, et le code civil néerlandais sont en contradiction formelle en ce qui concerne la responsabilité du locataire en cas d'incendie, ou plutôt le fardeau de la preuve des faits qui peuvent engendrer une responsabilité. Dans le code français, les artt. 1733 et 1734 (modifié par la loi du 5 Janvier 1883) rendent responsables le locataire ou les locataires proportionnellement, à moins qu'ils ne se disculpent; l'art. 1601 du code néerlandais (1) dit que le locataire n'est pas responsable, à moins que sa faute ne soit prouvée. Le droit allemand abandonne la matière aux principes généraux.

af. mort du preneur; circonstances graves.

La mort du preneur donne lieu à une question aussi délicate que celle de la sous-location. Il n'y a pas de raison décisive pour dire que les droits et obligations du preneur ne passent pas à ses héritiers, mais il est dur de forcer les héritiers à payer, pendant des années peut-être, le loyer d'un édifice, dont ils n'ont aucun besoin et que peut-être ils ne peuvent sous-louer. Il n'est pas indifférent pour le preneur, non plus, d'avoir affaire à des héritiers qui lui sont peut-être inconnus. Les lois ont des solutions divergentes. Le code civil français (art. 1742), entre autres, ne donne aucun effet spécial à la mort des parties. Le code fédéral suisse permet au bailleur et aux héritiers du preneur de résilier certains baux sous certaines conditions (art. 293); l'art 292 prévoit même une résiliation pour cause de circonstances graves et sauf dédommagement. Le code civil allemand, §§ 569, 570, est

(1) C. Asser, op. cit., § 767.

rédigé à peu près dans le même esprit que la loi suisse. La mort du preneur rend possible une résiliation, soit par les héritiers, soit par le bailleur, mais seulement pour le premier terme qui correspond au délai légal. Le § 570 a donné un droit de résiliation aux militaires, fonctionnaires, ministres du culte et instituteurs publics, déplacés par l'autorité supérieure.

ag. Influence de la vente sur le bail.

Dans la question des effets de la vente subséquente sur un bail en cours, il y a une matière pratique qu'il est assez difficile de mettre d'accord avec la logique des principes. Même lorsque le louage ne donne qu'un droit de créance tout à fait relatif (1), il est assez dur d'exposer le locataire à devoir abandonner la chose louée, sur la seule majesté du droit absolu d'un acquéreur. Les lois ont essayé de donner une solution pratique. Dans le droit français (art. 1743 c. c.) l'acquéreur est tenu de respecter un bail authentique ou à date certaine, à moins qu'une clause du bail ne lui donne le droit d'expulsion ; la loi règle dans ce cas, à défaut de stipulation, le montant des dommages et intérêts dont le bailleur est tenu. Le code civil néerlandais, art. 1612 et suiv., a remis en honneur le vieux proverbe „vendage ne passe pas louage" — proverbe que l'on trouve aussi sans négation ! (2). S'il y a une stipulation expresse en faveur de l'acquéreur, le preneur n'a pas un droit légal à un dédommagement ; la loi ajoute quelques détails, elle donne lieu, comme la loi française d'ailleurs, à des controverses. La loi fédérale suisse (artt. 281, 314) fait passer la vente avant le louage ; toutefois

(1) Laurent, *Principes*, XXV, 9 sqq.

(2) Schneider-Fick sur l'art. 281 du code fédéral suisse.

le dernier alinéa des articles cités réserve les effets particuliers de l'inscription des baux sur les registres fonciers, en vertu du droit cantonal. Dans l'exposé des motifs du premier projet du code civil allemand, la question, qui se résume sous la forme de l'adage cité, est discutée savamment ; le code a fini, ici encore, par s'écarter du projet. Le § 571 déclare qu'en cas de vente, postérieure à la délivrance de la chose au preneur, l'acquéreur est subrogé aux droits du bailleur primitif, et les §§ suivants développent longuement les conséquences juridiques de ce système. Le § 578 prévoit le cas d'une aliénation antérieure à la délivrance au preneur.

b. *Application du droit.*

La comparaison des lois est de nature à faire voir combien il serait peu raisonnable de soumettre systématiquement le contrat de louage à la loi du lieu où il a été conclu. On se rapprocherait plus de ce qui est raisonnable par le système de la lex loci executionis, en supposant que l'on ne tienne compte que de l'obligation du bailleur, qui s'exécute au lieu où se trouve l'édifice, mais il y aurait encore dans la règle ainsi formulée un côté mécanique qui me déplait. Il vaut mieux commencer par demander quand le louage sera local-national.

Lorsque le juge se trouve en présence d'un contrat de louage, conclu entre personnes domiciliées dans son pays, et relativement à un édifice qui s'y trouve, il appliquera au louage la loi de son pays. C'est le cas normal pour lequel les lois ont été faites. Le contrat peut avoir été conclu par correspondance, sans que cela change la loi applicable. La nationalité des parties, leur nationalité commune même, sera, comme toutes les autres circonstances, un élément

d'interprétation, dans les limites que la loi locale abandonne à l'autonomie.

Si le contrat est local-étranger, c'est-à-dire s'il a été conclu entre deux personnes domiciliées dans un même pays étranger, relativement à un édifice qui s'y trouve, le juge appliquera la loi de ce pays étranger, conformément à une exigence générale de la vie active internationale. Il s'ensuit que les clauses que cette loi défend ou auxquelles elle refuse tout effet, n'auront aucun effet dans le pays où le procès se décide. L'ordre public international me paraît hors de cause ici.

Le plus souvent ces deux règles suffiront pour l'application du droit, le louage d'édifices n'est pas un contrat international comme la vente. Cependant il peut être conclu entre personnes, dont l'une au moins n'est pas domiciliée dans le pays où se trouve l'édifice. On peut supposer qu'une personne qui a le dessein de se fixer dans un pays ou d'y passer la belle ou la mauvaise saison, désire prendre à bail un édifice ; il se peut qu'elle se rende en personne dans le pays pour voir l'édifice avant de conclure, il se peut qu'elle fasse une offre par correspondance ou qu'elle en accepte une, sur une annonce de journal par exemple. Faut-il alors faire intervenir la loi du lieu du contrat et distinguer, pour le contrat fait par correspondance, entre l'offre acceptée à l'étranger et celle qui a été acceptée dans le pays ? Faut-il distinguer entre les obligations du bailleur et celles du preneur ? Il me semble qu'ici les exigences de la vie active internationale renvoient manifestement à la loi du lieu où se trouve l'édifice (1). A l'habitation humaine, et même aux édifices en général, se rattachent des questions économiques et sanitaires, qui permettent de dire

(1) Von Bar, op. cit., II, p. 108. Brocher, II, n°. 201. Rolin, II, 237.

que la relation durable que le contrat fait naître est attachée au sol. C'est l'esprit de toutes les lois, qui ont une odeur de terroir. Seulement comme le contrat même n'appartient pas absolument à la vie active locale, l'interprétation, faite dans les limites que la loi territoriale a tracées, sera plus libre.

A la rigueur on peut supposer qu'un contrat de louage intervienne entre deux personnes, qui ne sont domiciliées ni l'une ni l'autre dans le pays où se trouve l'édifice. Dans ce cas, pour ce qui est de la relation durable que le contrat crée entre les parties, les exigences de la vie active universelle renvoient encore à la loi du lieu de la situation, mais l'interprétation, faite dans les limites que cette loi abandonne à la liberté des parties, aura un champ à peu près aussi étendu que si la loi même, qui régit le contrat, était abandonnée à l'autonomie des parties. Si les parties ont la même nationalité ou le même domicile, le juge pourra très bien arriver à la conclusion que les parties, quant au droit de sous-louer par exemple, ont entendu suivre la loi nationale ou domiciliaire qui leur est commune.

C. **Louage agricole (fermage).**

a. *points saillants de comparaison.*

aa. caractère général.

Il n'y a pas une différence bien caractérisée entre le louage d'édifices et le louage agricole ; ce sont deux variétés d'un même contrat. Le code civil français a reconnu cette parenté en réunissant dans une section les règles communes aux deux variétés, système que l'on trouve aussi dans le code néerlandais, le code italien et le code espagnol. La loi suisse les a séparées plus radicalement ; il y a cependant des renvois

(art. 297) et des répétitions. Le droit allemand est tout aussi radical. Il distingue entre le bail à loyer, qui n'a pour objet que les choses matérielles, et le fermage, qui se rapporte aux biens produisant des fruits, y compris les biens immatériels et les universalités de biens. Néanmoins le § 581 du c. c. renvoie pour le fermage au bail à loyer, sauf les exceptions.

Je n'ai pas à entrer dans la question un peu doctrinale du caractère plus ou moins réel du droit du fermier. Cette question ne peut être résolue qu'au point de vue d'une législation particulière. L'inscription des baux dans des registres fonciers donne sans doute au bail un caractère quasi-réel, mais dans le travail actuel il n'y a pas moyen de faire des expériences avec des adjectifs affaiblis par un „quasi". La question se complique lorsque les lois ont inséré, dans la série des contrats produisant des obligations, le bail emphytéotique, comme l'ont fait notamment le code civil italien (art. 1556 et suiv.) et le code civil portugais (art. 1653 et suiv.). Le législateur néerlandais a placé l'emphytéose au nombre des droits réels; dans le livre du code civil consacré aux obligations, il a seulement parlé (art. 1654) d'une espèce de bail, usitée depuis des siècles dans les provinces septentrionales, et qui peut être perpétuel. Il déclare le bail en question susceptible d'hypothèque (art. 1210 6° du c. c.) ce que le code italien dit aussi de l'emphytéose. L'emphytéose a été réglée en Belgique par une loi du 10 Janvier 1824, datant du temps où la Belgique faisait partie du royaume des Pays-Bas. En France une loi du 25 Juin 1902 s'en occupe (1).

Toutes ces lois sentent la glèbe.

---

(1) Annuaire de la législ. française, publié par la Soc. de législ. comp., 1903, p. 166.

On peut dire la même chose des lois sur le contrat appelé cheptel, contrat que l'on trouve notamment dans les codes de la France, de l'Italie et du Portugal. Bien qu'il s'agisse d'un fonds de bétail, qui n'est pas nécessairement attaché à une exploitation agricole, on ne peut guère douter du caractère des lois, qui visent la vie active locale, et lorsque ces lois renvoient aux coutumes, ce sont bien celles du lieu où se fait l'exploitation du troupeau qu'elles ont en vue. Le législateur néerlandais (1) et le législateur allemand (2) n'ont pas cru devoir faire du cheptel un contrat nommé. La loi suisse l'abandonne (art. 320) au droit cantonal et à l'usage des lieux, lorsqu'il ne se rattache pas à un bail à ferme.

Comme points saillants de comparaison, particuliers au louage agricole, je crois pouvoir me contenter de signaler la réglementation des obligations du fermier et l'influence de la perte de la récolte par cas fortuit.

ab. obligations du fermier.

C'est surtout par l'étendue des obligations du fermier que les lois font une différence entre le fermage et le bail à loyer. En ce qui concerne les réparations, les charges et impôts, le droit de sous-louer, la mort du preneur, les délais de congé, etc., il n'y a pas grand intérêt à faire une comparaison, étant donné le caractère local des lois et l'affinité entre le fermage et le bail à loyer. Le code civil français a développé, dans les artt. 1766—1768, les obligations particulières du fermier, tant en ce qui concerne la garantie que le bailleur doit trouver dans les bestiaux et les ustensiles, qu'en ce qui a trait à la conservation de la productivité du sol·

(1) C. Asser, op. cit., § 778.
(2) Motifs, II, p. 441.

La loi suisse est dans le même esprit; elle a prévu (art. 299) le cas où des ustensiles, des bestiaux ou des provisions seraient compris dans le bail. Ce même point est développé longuement dans le code civil allemand, § 588 et suivants, qui distingue entre l'inventaire simple et l'inventaire avec évaluation. Ce même code fait aussi une différence entre le fermage d'un fonds de terre et celui d'une exploitation agricole, considérée comme un ensemble.

Le code civil français ne mentionne qu'en passant le colonat partiaire; une loi du 18 Juillet 1889 en a fait un contrat nommé; l'art. 12 de cette loi règle le compte annuel d'exploitation (1). Le code civil italien a consacré au contrat en question un chapitre spécial. Il en est de même du code civil portugais qui a placé franchement la matière dans le chapitre des sociétés. Le code civil allemand n'a pas cru devoir s'en occuper spécialement, mais dans le beau travail de Crome, sur les opérations juridiques partiaires (2), le fermage partiaire occupe une grande place.

ac. Perte de la récolte par cas fortuit.

Au point de vue de l'économie agraire, il est du plus haut intérêt de comparer entre elles les dispositions sur la matière, mais il y a si peu de doute sur la localisation de leur application, que je peux me contenter d'une esquisse. Le code civil français, ainsi que les législations qui l'ont suivi, donne droit à une remise, sous les conditions qu'il règle minutieusement (3),

(1) Sirey, Lois annotées, 1889, p. 500, note 7. Rapport de M. Million.

(2) *Die partiarischen Rechtsgeschäfte*, § 6—18. Cosack, op. cit., § 134. III, et 275 I, 1, d.

(3) Art. 1769. Pour le colonat partiaire, l'art. 1771, et la loi de 1889, art. 9.

mais il ne défend point une stipulation contraire. Le code portugais refuse en principe la remise (art. 1630); le code autrichien, § 1105, ne l'admet que pour les fermages annuels. Le code fédéral suisse l'accorde (art. 308), mais sous des conditions qui diffèrent notablement du droit français. Dans les travaux préparatoires du code civil allemand la question a été soulevée; le texte définitif ne donne pas droit à une réduction pour cause de perte des fruits, le bailleur garantit seulement la productivité du fonds (1).

b. *Application du droit.*

Lorsque le juge se trouve en présence d'un contrat de louage agricole, conclu entre personnes domiciliées dans son pays pour une exploitation attachée au territoire, il appliquera la loi de son pays, par une saine interprétation du contenu de cette loi, qui est naturellement faite pour ce cas; lorsque ces mêmes éléments seront attachés à un pays étranger déterminé, le juge appliquera la loi étrangère, parce que le respect des droits acquis s'impose, sous cette face, comme une exigence générale de la communauté juridique universelle. Si les parties sont domiciliées dans des pays différents ou si, par hasard, elles se trouvent avoir traité au sujet d'une exploitation qui doit se faire dans un pays qu'elles n'habitent ni l'une ni l'autre, les motifs, déjà donnés pour le louage d'édifices, imposent l'application de la loi du lieu de la situation (2). Seulement, surtout dans le dernier cas prévu, l'interprétation aura un champ très large.

---

(1) Motifs, ad § 534 du premier projet. Code § 581. Cosack, op. cit., § 136, VI. Dernburg 2[e] § 227, V. Le savant auteur préfère le droit romain qu'il qualifie de «gentlemanlike».

(2) Brocher, op. cit., pag. 215. Rolin, op. cit., III, 249.

D. Louage d'objets mobiliers.

Fort souvent le contrat de louage se rapporte à des objets mobiliers. On donne et on prend en bail toutes sortes de choses. des meubles, des instruments de musique, des drapeaux, des ornements, un costume de bal masqué, etc. etc. J'ai même entendu dire qu'au temps où la mode était de ne mettre le dessert sur la table que pour la satisfaction des yeux, on pouvait prendre un dessert en location. On loue des moyens de transport, un cheval, une automobile, un navire même, sans qu'il y ait contrat de transport. Dans nos villes, le menu peuple prend en location par jour des charrettes à bras pour faire un commerce ambulant. Dans le grand commerce, on loue des sacs, des bâches ou toiles d'emballage, etc..

Le plus souvent ces contrats ne sont régis que par les principes généraux du louage ou par les principes encore plus généraux des contrats. Le bailleur doit mettre la chose à la disposition du preneur, le garantir contre les vices cachés ; le preneur doit se servir de la chose en bon père de famille, payer le loyer et restituer la chose. C'est à peine si dans les lois il y a quelques dispositions spéciales pour les meubles fournis pour garnir une maison (code civil français, art. 1757), pour la nourriture d'un animal (code civil allemand, § 547), le délai de congé (loi suisse, art. 290).

Dans la vie active internationale, le louage d'objets mobiliers n'est pas d'une importance fort grande. Il se rattache le plus souvent aux relations de la vie journalière entre personnes qui habitent le même pays, et il s'exécute généralement dans ce même pays. Presque toujours il se présentera ainsi sous la face locale-nationale ou locale-étrangère, et l'application du droit sera facile. On peut concevoir un

louage d'objets mobiliers, conclu entre personnes domiciliées dans des pays différents. Dans ce cas, si la destination de la chose est de servir à l'usage dans le pays où le locataire est domicilié, le contrat, bien qu'appartenant à la vie active internationale, pénètre dans la vie active locale du pays, où le locataire est domicilié, par deux éléments prépondérants, et l'on peut dire que les exigences juridiques de la vie active universelle renvoient alors à la loi de ce pays. Si l'usage doit avoir lieu dans un pays autre que celui que le locataire habite, ce qui peut arriver pour un navire ou une automobile, je crois qu'au lieu de se creuser la tête pour mettre en lutte, systématiquement, la loi du lieu du contrat, celle du lieu de l'exécution, les lois nationales ou domiciliaires, celle du pavillon du navire, etc., il est plus simple et plus juste de dire que le caractère obligatoire du contrat dérive du droit commun international, et que son interprétation doit avoir lieu en tenant compte de toutes les circonstances. Il ne me semble pas qu'il y ait lieu de réclamer une loi internationale uniforme dans une matière que les lois nationales n'ont pas même jugé utile de régler en détail.

§ 13. *Type du prêt.*

A. Subdivision.

Les deux contrats connus sous les noms de „*commodatum*" et de „*mutuum*", et que le code civil français réunit dans le titre du prêt, sous les noms de prêt à usage (ou commodat) et de prêt de consommation (ou simplement prêt), n'ont en réalité de commun que le nom. Il n'y a pas de principes

communs, mais il n'y a pas d'inconvénient à suivre la terminologie du droit français. DERNBURG met le commodat à la suite du louage et compte le prêt, avec l'assignation, la lettre de change et le cautionnement parmi les opérations de crédit (1); mon acception de ces dernières opérations n'est pas aussi large. D'un autre côté je ne voudrais pas distinguer, avec le code portugais, entre le prêt de consommation gratuit (art. 1507, 1523) appelé „mutuo" et le prêt à titre onéreux appelé „usura" (art. 1636 sqq.). Je diviserai en deux, classiquement. Même la rente constituée simple peut rentrer dans la matière du prêt de consommation, à laquelle elle se rattache historiquement. La rente foncière est du domaine des droits réels.

B. **Prêt à usage ou commodat.**

a. *Points saillants de comparaison.*

aa. caractère général.

La question de savoir si le contrat est consensuel ou réel est plûtot curieuse que réellement importante pour la pratique. Dans le droit français (art. 1875 c. c.) entre autres, la définition légale fait songer à un contrat réel, cependant le pacte „de commodando" n'est pas sans signification (2). Le code fédéral suisse, art. 321, parle d'un prêteur qui s'oblige à livrer une chose. Le § 598 du code civil allemand semble rédigé dans le même esprit, mais la question est contro-

---

(1) Op. cit., II2, § 230, 233.

(2) LAURENT, *Principes de dr. c.*, XXVI, n°. 454. OPZOOMER, *Commentaire*, ad art. 1777 cod. civ. néerl.

versée (1). Le droit civil russe n'admet le commodat que pour les biens meubles (2).

Toutes nuances à part, les deux points les plus importants, qui pourraient à la rigueur donner lieu à des questions de droit international, sont la responsabilité de l'emprunteur et l'époque de la restitution. Quant à la responsabilité éventuelle du prêteur je n'ai pas trouvé de différence saillante.

ab. responsabilité de l'emprunteur.

L'emprunteur, naturellement, doit user de la chose en bon père de famille, conformément à sa destination, veiller à la conservation de la chose et faire les menues dépenses qui correspondent à l'usage. Le code suisse (art. 323) et le code civil allemand (§ 601) expriment qu'il doit nourrir un animal prêté. Même le droit français (art. 1882 c. c.), suivi par le droit néerlandais, italien et portugais, lui impose une délicatesse particulière, qu'on ne trouve pas dans le droit suisse et allemand. Le droit anglais exige le plus grand soin (3). Le code civil français, art. 1883, suivi encore par quelques autres législations, a attaché à l'estimation de la chose prêtée une interprétation qui rend l'emprunteur responsable du cas fortuit. Le code allemand (§ 606) et le code portugais (art. 1522) ont une courte prescription.

ac. époque de la restitution.

Lorsqu'aucun terme n'a été fixé, le code civil français (art. 1888) ne permet au prêteur de retirer la chose que

---

(1) Cosack, op. cit., § 141. Contra Reatz, *Die zweite Lesung u. s. w.*, ad § 598, Vorbemerkung. Dernburg, op. cit., II, § 230 II.

(2) Scherschenewitch, *Outsch. grach. prava*, p. 493.

(3) Addison, op. cit., p. 348. L'auteur cite Coggs v. Bernard 2. Raym. 915.

lorsqu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été prêtée. Le code civil allemand (§ 604) et le code suisse (art. 325) s'expriment plus logiquement en n'exigeant pas que la chose ait servi, mais seulement qu'elle ait pu servir. Ce n'est pas réellement une différence. Le droit portugais (art. 1512 c. c.) permet au prêteur de redemander la chose quand il veut et le croit sur sa déclaration en cas de doute ; le droit russe semble même admettre une réclamation à la minute (1).

Les législations que j'ai consultées admettent généralement que le prêteur peut redemander la chose lorsqu'il en a lui-même un besoin urgent ou en cas de mort de l'emprunteur. (Code civil français, artt. 1879 et 1889, avec une nuance). Le code suisse, art. 326, et le code civil allemand, § 605, expriment nettement que le prêteur peut redemander la chose lorsque l'emprunteur en mésuse.

b. *application du droit.*

Le commodat est un contrat classique et d'antique noblesse, mais son importance pratique n'est pas fort grande, même dans la vie active locale. C'est un service d'amitié qui a rarement pour objet des immeubles ou des choses mobilières de grande valeur. Dans le domaine de la science et de l'art on en trouve des applications assez nombreuses, mais elles touchent plutôt à la chose publique. Les bibliothèques publiques prêtent des livres. Des amateurs généreux prêtent des tableaux ou des objets d'art aux musées et aux expositions. Les villes prêtent quelquefois aux musées de l'Etat leurs trésors historiques. Plus rarement encore on trouvera des prêts de ce genre dans la vie active internationale. Les bibliothèques ne prêtent pas volontiers à l'étranger, et les

(1) SCHERSCHENEWITCH, op. cit., p. 493.

amateurs hésitent à soumettre leurs objets d'art aux chances de toute sorte attachées à des expositions lointaines. En 1898, l'année de l'inauguration solennelle de notre très gracieuse Reine WILHELMINE, il y a eu, à Amsterdam, une exposition temporaire des œuvres de REMBRANDT. Les musées, même les musées du pays, ont assez peu exposé, mais parmi les exposants on comptait Leurs Majestés la Reine VICTORIA, l'Empereur d'Allemagne, le Roi de Roumanie et nombre de collectionneurs et d'amateurs étrangers. Il n'est donc pas tout à fait sans intérêt de s'occuper du prêt à usage dans le droit international.

Le plus souvent le contrat interviendra entre personnes domiciliées dans le même pays et de telle sorte que l'usage doit avoir lieu dans ce pays. Le contrat sera local-national ou, si un juge étranger se trouve avoir juridiction et compétence, local-étranger, et dans les deux cas la loi applicable à la substance du contrat se déterminera d'elle-même.

Si les parties n'ont pas le même domicile, mais si la chose est remise à l'emprunteur pour qu'il en fasse usage dans le pays de son domicile, l'obligation de l'emprunteur prédomine, et le contrat pénètre si profondément par cet élément prédominant dans la vie active locale du pays où l'emprunteur a son domicile, qu'on peut dire que les exigences juridiques de la vie active universelle renvoient à la loi du pays du domicile de l'emprunteur, sauf toujours l'interprétation raisonnable de la convention d'après les circonstances, dans toutes les matières que cette loi abandonne à l'autonomie. Un contrat de prêt, conclu entre les promoteurs de l'exposition des œuvres de REMBRANDT et un exposant étranger, serait régi par la loi du lieu où se tient l'exposition, sauf déclaration expresse ou tacite contraire.

Pratiquement la matière est épuisée. Le cas où l'usage doit avoir lieu dans un pays autre que celui du domicile de l'emprunteur, est pour ainsi dire imaginaire. Qu'un Allemand, domicilié dans son pays, prête à un ami italien, domicilié en Italie, son automobile qui se trouve en Hollande, afin de permettre à cet ami de faire un voyage en Belgique, je ne vois aucune raison de dire d'avance que ce contrat est régi par une loi. La force obligatoire du contrat sera déterminée par le droit commun international, et l'étendue des obligations des parties par une saine interprétation de leurs déclarations, en tenant compte de toutes les circonstances. L'emprunteur sera ainsi obligé et responsable dans la mesure à déterminer. Si cela n'était pas satisfaisant et si le cas était fréquent, on pourrait songer à conclure un traité ou à faire une loi uniforme sur le commodat, mais je ne voudrais pas le proposer.

C. **Prêt de consommation.**

a. *le point saillant de comparaison.*

Le prêt, gratuit ou non, d'une quantité de vin, d'huile ou d'autres produits de ce genre, n'est peut-être pas une chose fort rare, mais pour la vie active internationale il a encore moins d'importance que le prêt à usage. Il en est de même du prêt d'argent sans intérêts, œuvre de charité méritoire, mais localisée par ce caractère même. Je réserve pour plus tard les emprunts représentés par des titres négociables, et il ne me reste donc que le prêt d'argent, contre intérêts, conclu entre deux particuliers.

En ce qui concerne ce contrat, je ne retiens comme point saillant que ce qui touche à la répression de l'usure par la loi civile. Que le contrat soit réel (art. 1892 c. c. français)

ou franchement consensuel (code suisse, art. 329), cela peut intéresser fortement les juristes, mais cela ne forme pas une divergence profonde, comme le prouve le § 610 du code civil allemand. Les dispositions légales sur l'époque de la restitution rappellent celles que nous avons examinées pour le prêt à usage. Les traces du Senatus-consulte Macédonien, que nous trouvons, entre autres, dans le code civil portugais (art. 1535) ne doivent pas plus nous arrêter que les questions liées à la capacité, à la forme et à la preuve. Même l'art. 1895 du code civil français, que les législations néerlandaise et italienne ont suivi, et qui est si discutable, n'a pas besoin d'être discuté ici.

Ce qui rend si intéressant pour le droit international les dispositions légales qui touchent à la répression de l'usure, c'est leur rapport avec l'ordre public. Les lois veulent protéger une personne faible ou inexpérimentée; seulement elles n'ont pas choisi les mêmes moyens. Il y a d'ailleurs des traces, dans les lois, de la question religieuse attachée au prêt à intérêt.

Cette question même et son histoire ne m'occuperont pas. Je les considère comme connues du lecteur. Les conceptions économiques ont changé, mais une certaine mésestime a persisté. Ainsi les intérêts qu'il est „permis" de stipuler (c. c. français, art. 1905) ne sont pas dus de plein droit, au moins en matière civile (code fédéral suisse, art. 330, code de commerce allemand § 353). La loi française du 7 Avril 1900 a réalisé une réforme économique en faisant courir les intérêts moratoires du jour de la sommation (c. c. français artt. 1153, 1904). Il faut fixer le taux par écrit (art. 1907 du c. c. français, art. 1831 du c. c. italien, avec une nuance). L'anatocisme est généralement vu de mauvais œil, (c. civil français, art. 1154; c. civil allemand § 248; code suisse

art. 335). Le code suisse a prévu, dans son art. 333, un cas qui fait penser à l'Avare de Molière. Le code civil allemand, § 247, permet au débiteur de forcer le créancier à reprendre une somme qui produit plus de 6 pct. par an.

On a cru pouvoir empêcher l'usure en limitant légalement le taux de l'intérêt conventionnel. En France, au commencement du XIXième siècle, cette voie a été suivie (1). La loi du 3 Sept. 1807, renforcée par une loi du 19 Décembre 1850, a établi le maximum, et fait de l'usure habituelle une infraction punissable. En 1886, une loi du 12 Janvier (2) a rendu libre la stipulation d'intérêts en matière commerciale ; mais la loi de finances du 13 Avril 1898 (3) a établi pour l'Algérie un maximum de 8 pct. en matière civile et commerciale, et déclaré applicable au territoire algérien la loi de 1850 (4). La loi du 7 Avril 1900, déjà citée, a fixé le taux de l'intérêt légal, en matière civile à 4 pct. et en matière de commerce à 5 pct.

Dans un très grand nombre d'autres pays, la liberté de l'intérêt conventionnel a fini par être admise. Cela a eu lieu, notamment, dans les Pays-Bas (loi du 22 Décembre 1857), en Belgique (loi du 5 Mai 1865), en Angleterre (17 et 18 Vict. C. 90), en Allemagne (loi du 14 Nov. 1867 pour l'Allemagne du Nord, étendue plus tard).

Cependant, tout spécialement en Allemagne, un autre moyen de répression de l'usure s'est développé. Le code pénal allemand, dans ses §§ 301 et 302, a fait un délit particulier

---

(1) Laurent, *le droit civil international*, VIII, p. 275.

(2) Sirey, *lois annotées* 1886 p. 23.

(3) Annuaire de la législ. française (Société de législ. comparée) 1899, p. 375.

(4) Pour les Indes anglaises, conf. un article de Bellot dans le Law Mag. and Review (1901) p. 160.

de certaines manœuvres abusives et ces dispositions ont été étendues par les lois du 24 Mai 1880 et du 19 Juin 1893 (1); cette dernière loi déclare nuls les contrats contraires aux artt. 302 *a*, *b*, et *c* du code pénal. Le code civil allemand, dans son § 138, déclare généralement nuls, comme contraires aux bonnes mœurs, les contrats dans lesquels, au moyen d'un abus de la nécessité dans laquelle une personne se trouve, ou d'un abus de la légèreté ou de l'inexpérience d'autrui, on a obtenu les effets que la loi détermine (2). En Angleterre le législateur a essayé de limiter l'usure en imposant des conditions aux personnes qui font métier de prêter de l'argent; la loi de 1900 sur la matière donne au juge le pouvoir de modifier un contrat abusif (3). En Suisse, l'art. 83 du code fédéral des obligations dit qu'il appartient à la législation cantonale d'édicter des dispositions contre les abus en matière d'intérêt conventionnel (4).

b. *Application du droit.*

C'est encore du prêt à intérêt que je vais m'occuper. La question est pratique, elle a occupé d'excellents auteurs anciens et modernes (5), il y a des décisions judiciaires.

Il est certain que l'intérêt social, que les législations ont en vue, forme un point délicat. Le juge peut se trouver en face d'une loi étrangère qui permet ce que sa propre loi

---

(1) Geiersdorfer, *Das geltende Deutsche Wucherrecht*, 1894, passim.

(2) Dernburg, op. cit., I, § 126. L'art. 3 de la loi de 1880 a été abrogé par la loi sur la mise en vigueur du code civil, art. 47.

(3) Moneylenders act, 63/64. Vict. chap. 51.

(4) Brocher, op. cit., II, 245. Schneider-Fick, ad art. 83, indique plusieurs législations cantonales.

(5) Laurent, *Droit civil international*, VIII n°. 200 et suiv. Brocher op. cit., II, 217.

défend, ou qui défend ce qu'elle autorise. Faut-il résoudre la question par un principe général, en disant que le juge ne peut jamais appliquer une loi étrangère, contraire à ce que la lex fori considère comme touchant à l'ordre public (1)? Abstraction faite des lois qui ont posé le principe en question, comme la loi italienne (art. 12 des disp. gén. du c. c.) je crois que ce n'est pas la bonne méthode, et que cette grosse et grave question de l'ordre public ne peut être résolue que par la distinction des faces que les relations juridiques peuvent présenter.

C'est ce que je vais essayer de faire.

Prenons d'abord le prêt à intérêt sous sa face locale-nationale. Elle se présentera lorsqu'une personne domiciliée dans le pays du juge a fait un prêt à intérêt à une autre personne également domiciliée dans le pays. Le lieu où le prêt a pu être fait, la nationalité des parties n'auront qu'une valeur d'interprétation, c'est-à-dire qu'elles n'en auront aucune ici, parce que la question ne dépend pas du tout de l'autonomie. Lorsque la question se présente sous cette face, le juge appliquera sa loi nationale. Si cette loi déclare nul un prêt ou une clause d'un prêt, sous certaines conditions, le juge suivra la loi.

La difficulté ne commence sérieusement que lorsque la face locale-étrangère se présente. Le prêt a été conclu entre deux personnes domiciliées dans un même pays étranger, et le juge se trouve avoir juridiction et compétence, dans une action intentée sur la base de ce contrat. Mettons que ce soit une action en payement d'intérêts. Il me paraît d'abord que le juge observera la loi étrangère en tant qu'elle réduit

(1) Tribunal civil de la Seine 13, II, 95, Journal de Clunet, 1896 p. 1065.

les intérêts ou qu'elle annule le contrat. Il n'y a pas alors de droit acquis à respecter. Mais il se peut que la loi nationale du juge défende ce que la loi étrangère permet. Que décidera-t-on ? Le juge respectera le droit acquis, à moins qu'il ne soit contraire, non pas seulement à ce que la lex fori a décidé pour la vie active locale, mais à une exigence formelle de l'ordre raisonnable de la communauté universelle ; dans ce dernier cas seulement le juge repoussera la loi étrangère, dont l'application supposerait une exigence de ce même ordre raisonnable, qui se trouve ne pas exister. Pratiquement il en résultera ceci, pour la face qui nous occupe. Quand même la loi étrangère aurait permis de stipuler un taux d'intérêt que la loi du juge considère comme excessif, le juge appliquera la loi étrangère. Il ne s'agit pas ici d'une question intéressant l'humanité, comme groupe juridique, mais du droit d'un groupe local, et il n'appartient pas aux nations de se critiquer les unes les autres. C'est ainsi que je m'explique l'opinion de Brocher, celle de von Bar (1), l'arrêt de la Cour de Bordeaux (2), et même l'arrêt Colomb (2), si vivement critiqué par Laurent, et un jugement plus récent du Tribunal de la Seine (3). Sans doute ces autorités songent plus au lieu où le contrat a été passé, ou bien à celui où il s'est réalisé, mais je prends acte de la brêche faite dans le principe trop absolu de l'ordre public. J'arrive à une conclusion opposée, toujours sous notre face, lorsque la loi du pays où le juge siège invalide le contrat parce qu'il forme un abus des besoins, de la faiblesse ou de l'inexpérience d'autrui. Ici

(1) Op. cit. II, 17.

(2) Bordeaux, 26 Janvier 1831 (Sirey 1831, 2, 178), Cour de cassation 24 Décembre 1874 (Sirey 1875, 1, 78), tous deux cités par Laurent. D. C. I. VIII, n°. 208 et 211.

(3) 5 Déc. 1895, Journal Clunet, 1897, p. 149.

le juge refusera toute sanction au contrat, meme conclu entre personnes domiciliées à l'étranger, s'il est d'avis que les conditions d'invalidation existent. L'ordre public de la société universelle serait troublé.

Le prêt à intérêt se présentera sous la face internationale lorsqu'il se sera formé entre personnes domiciliées dans des pays différents. Ici, les obligations de l'emprunteur dominent tellement, que la relation juridique pénètre dans la vie active locale du pays où l'emprunteur est domicilié et se trouve soumise au droit local de ce pays, auquel les exigences de la société universelle renvoient. Le contrat ne donnera lieu à une action que dans la mesure fixée par la loi du pays où l'emprunteur avait son domicile, au moment de la remise des fonds. C'est cette remise qui est décisive, parce que c'est elle qui peut troubler l'ordre public local, ce que la promesse non réalisée ne fait pas. Mais ici, sous la face internationale, le renvoi à une loi locale n'a pas la même énergie que sous la face locale étrangère. Si la loi du pays, où le prêteur est domicilié, réprouve l'action de ce prêteur au nom de l'ordre public, le juge de ce pays appliquera cette loi au prêteur, qui a remis des fonds à une personne domiciliée en pays étranger, si le juge est d'avis, d'après l'esprit de la loi de son pays, qu'elle étend sa réprobation à cette opération. En ce sens la loi locale d'ordre public peut dominer la loi étrangère applicable, même lorsque l'ordre public engagé est local. S'il était question d'un abus des besoins, de la faiblesse ou de l'inexpérience d'autrui, et si la loi du pays où le juge siège réprouvait formellement cet abus, le juge n'hésiterait certainement pas; l'ordre public universel serait alors engagé.

---

§ 14. *Type du dépot.*

A. Subdivision.

Il est nécessaire de traiter en premier lieu du dépôt régulier, dans lequel la chose confiée au dépositaire doit être restituée en nature. La plupart des lois limitent l'application des règles, qu'elles établissent, au dépôt d'objets mobiliers. Rien n'empêche sans doute de confier à une personne la garde d'un immeuble. Le contrat ainsi formé sera valable, seulement, si ce n'est pas un séquestre (c. c. français, art. 1959) ce ne sera pas un dépôt, mais un mandat (1), un contrat de service, ou un contrat innommé.

Le séquestre n'a pas besoin d'être traité spécialement. Entre le séquestre ordinaire et le dépôt il n'y a que des différences de détail, et le séquestre judiciaire appartient plutôt au droit de procédure, ce qui détermine l'application des règles particulières qui régissent ce droit.

Le dépôt dans les magasins généraux, publics ou privés, n'a pas non plus besoin d'être isolé. Les lois qui régissent l'exercice de la profession (C. de comm. allemand, § 416 et suiv.) se localisent d'elles-mêmes. Quant aux titres émis par les magasins, je me propose d'en parler plus tard.

Mais je devrai m'arrêter au dépôt irrégulier, qui n'a d'ailleurs d'irrégulier que son nom. Rien n'empêche de confier à une personne des biens, de l'argent surtout, à charge de restituer une même quantité et qualité. Le contrat peut cesser d'être un dépôt, mais c'est un contrat valable en principe.

Enfin j'ai l'intention de dire quelques mots des obligations

---

(1) Pothier, *du dépot*, n°. 3. Laurent, *Principes*, XXVII, n°. 78.

imposées aux hôteliers, aubergistes, etc., quant aux effets des voyageurs. Il n'y a pas là précisément un dépôt, mais la tradition annexe la matière au dépôt.

B. **Dépôt régulier.**

a. *Y a-t-il des points saillants de comparaison?*

Il y a un très grand nombre de différences entre les lois, mais on serait assez embarrassé de déterminer les points saillants ; en réalité il n'y a que des nuances.

Ainsi, généralement, notamment dans le code civil français (art. 1915) et dans le code civil allemand (§ 688), le contrat de dépôt est réel ; les obligations du dépositaire ne commencent que par la remise de la chose. Le code fédéral suisse, fidèle au système qu'il a suivi en matière de prêt, fait du dépôt, dans son article 475, un contrat consensuel. En fait, la différence n'est pas fondamentale ; le contrat par lequel on s'oblige à recevoir un dépôt est licite, et quand même on lui donnerait le nom de dépôt, les effets du dépôt ne se produiront pleinement qu'après que le dépositaire aura réellement reçu la chose à garder.

Ainsi encore, d'après le code civil français, le dépôt proprement dit (art. 1917 j°. 1957, c. c. italien 1837 j°. 1844) est essentiellement gratuit, ce qui n'empêche pas l'art. 1928 de supposer un salaire. Le code civil portugais admet aussi, dans son art. 1432, une certaine gratification. Le code civil néerlandais (art. 1733) et le code civil espagnol (art. 1760) permettent de stipuler un salaire. Le code suisse (art. 473) et le code civil allemand (§ 689) disent même que les circonstances peuvent établir qu'un salaire a été promis et accepté, ce que le code de commerce espagnol (art. 304) ne dit que

du dépôt commercial, dont il règle les conditions. En somme, il y a des différences qui peuvent changer la qualification du contrat, et le rapprocher d'un louage ou d'un contrat de service, mais il n'y pas là un abîme.

Le code civil français a longuement réglé la preuve (artt. 1923, 1924), en faisant, sous ce rapport, la distinction bien connue entre le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire (art. 1950). Les codes néerlandais (art. 1737), italien (art. 1341) et portugais (art. 1434) ont suivi, d'assez loin, cet exemple. Le code suisse et le code allemand n'ont pas de dispositions spéciales pour la preuve du dépôt. Ce sont encore des différences, mais elles tiennent au système général des législations sur la preuve testimoniale. En matière commerciale, il y a encore des nuances dans les nuances.

Le code civil français, marchant sur les traces de Pothier, est entré dans les détails de toutes sortes de cas particuliers, par exemple celui d'un dépôt fait par un incapable (art. 1925) ou à un incapable (art. 1926), etc. Quelques législations, la loi néerlandaise entre autres, ont reproduit les dispositions de ce genre. Le code suisse et le code allemand n'ont pas la même casuistique, mais il est certain que toutes ces questions peuvent se présenter sous leur empire ; il faudra les résoudre par les principes généraux. Cela ne donnera guère que des nuances.

Les différences entre les dispositions légales sur la responsabilité du dépositaire, me paraissent aussi des nuances. En apparence il y a une certaine opposition entre le droit français et le droit allemand. D'après le code civil français (art. 1927 et suiv.) le dépositaire n'est tenu que des soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent, mais cette disposition est appliquée „avec plus de rigueur" s'il a stipulé un salaire. Le code civil allemand a fini par se

décider (1) pour un système qui déclare le dépositaire responsable en principe, de la même manière que tout autre débiteur, mais qui revient à la „diligentia in concreto" lorsque le dépôt est gratuit. Le droit anglais est dans le même esprit (2).

Je pourrais continuer ainsi et parler du temps et du lieu de la restitution, du droit de compensation et de rétention, des obligations du déposant, des choses remises sous scellés etc., etc., mais je pense avoir montré que s'il n'y a dans les lois que des nuances plus ou moins grandes, il est utile cependant de déterminer le droit qni régit le dépôt.

b. *application du droit.*

Le contrat de dépôt sera local-national lorsqu'il aura été conclu entre personnes domiciliées dans le pays du juge, de telle sorte que la garde de la chose doit avoir lieu dans ce même pays. Il sera local-étranger si ces mêmes éléments sont attachés à un pays étranger déterminé. Le juge appliquera au contrat, dans le premier cas, la loi de son pays, et dans le second, la loi étrangère. Dans les deux cas, comme il n'y a guère ici de clause interdite dans l'intérêt de l'ordre public, la nationalité des parties et les autres circonstances pourront être de puissants éléments d'interprétation, par exemple quant au point de savoir si un salaire est dû.

Lorsque le déposant et le dépositaire sont domiciliés dans des pays différents, le contrat sera régi par une loi, lorsque la garde de l'objet doit avoir lieu dans le pays où le dépositaire a son domicile, ou, ce qui n'est qu'une application

---

(1) Reatz, *Die zweite Lesung*, I, p. 319.
(2) Addison, op. cit., p. 356 sqq.

particulière de la même règle, dans le pays où le dépositaire a un établissement professionnel qui se charge de la garde. Dans ces cas, des éléments prépondérants font que le contrat pénètre dans la vie active locale d'un pays, et une exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle impose l'application de la loi de ce pays. Le juge appliquera donc la loi du pays où le dépositaire est domicilié ou établi, et où doit se faire en même temps la garde. Cette règle, qui n'exclut pas l'interprétation du contrat par les circonstances, peut s'appliquer aussi lorsque le dépôt devient louage ou prêt; il n'y a pas contradiction quant à la loi applicable. Elle peut même servir pour le cas où l'objet à garder, par suite d'un séquestre ou d'un contrat spécial, serait un immeuble; on ne donnera guère un immeuble à garder à une personne domiciliée dans un pays autre que celui où se trouve cet immeuble.

Le cas où la garde ne doit pas avoir lieu dans le pays où se trouve le domicile ou l'établissement professionnel du dépositaire, ne tombe pas sous la règle, mais en même temps il est trop hypothétique pour que je m'y arrête longtemps. Un voyageur pourrait confier un objet à un compagnon de route, sans aucune indication quant au lieu de la garde ou de la restitution. Le contrat, alors, sera obligatoire en vertu du droit commun international, et les obligations du dépositaire et du déposant seront déterminées par le degré de confiance que leurs déclarations ont dû inspirer à la partie adverse, selon l'ensemble des circonstances.

C. **Dépôt irrégulier.**

a. *points saillants de comparaison.*

aa. caractère général.

Dans le dépôt régulier, le dépositaire doit garder et restituer en nature, comme le disent l'art. 1915 du code civil français, l'art. 1731 du code civil néerlandais, etc. Il s'ensuit que le dépositaire ne peut en principe se servir de la chose, et encore moins la consommer. Il court même le danger d'une condamnation pénale. Cependant l'autorisation du déposant enlève à l'usage, et même à la consommation, ce caractère illicite. Cette modification contractuelle du dépôt était connue dans le droit romain classique (1), et elle donnait lieu à des controverses, dans lesquelles les grands jurisconsultes étalaient la finesse de leur analyse.

Le droit moderne a donné un grand développement au dépôt dit irrégulier. C'est le dépôt d'argent qui a commencé l'évolution. Dans l'ancien droit néerlandais, plus particulièrement dans l'ancien droit municipal d'Amsterdam, on a vu naître l'institution des „*caissiers*" qui se chargeaient professionnellement de garder le numéraire des commerçants et de faire des payements sur leur ordre. Les artt. 74 et 75 du code de commerce néerlandais ont gardé la trace de cette institution, qui n'a pas tout-à-fait disparu. Aujourd'hui ce sont plutôt les banques qui reçoivent des fonds en „dépôt", fonds qu'elles peuvent faire valoir, ce qui leur permet de donner des intérêts. Ce dépôt de banque a fait naître les chèques, les chambres de compensation, etc., sur lesquels

(1) Fr. 9 § 9 et fr. 10 D. XII, 1.

nous reviendrons. On donne aussi en dépôt des fonds publics sous la condition que le dépositaire restituera un nombre égal de titres du même genre ; cette clause accessoire peut se trouver aussi dans un contrat de commission, ou dans une convention constitutive du droit de gage. A la rigueur on peut concevoir, comme un dépôt irrégulier, l'ensemble des conventions qu'une personne fait avec les clients dont elle garde les marchandises, lorsque ces conventions portent que les marchandises seront réunies en une seule masse, et que le dépositaire se charge seulement de tenir à la disposition de chaque client la quantité qui lui a été confiée.

ab. détermination de son caractère par les lois.

Aujourd'hui encore le dépôt irrégulier donne lieu à des controverses. C'est un contrat valable en principe, mais il a perdu un élément caractéristique du dépôt, et l'on peut soutenir qu'il se change en prêt à usage ou de consommation, en louage, ou même en un contrat qui ressemble à la vente, ce qui peut influer sur les obligations du dépositaire, sur les risques, etc. Je ne fais pas au lecteur l'injure de supposer qu'il ne comprend pas la portée de ces controverses. Elles se développent surtout dans les législations qui sont muettes sur la matière, comme le droit français et le droit néerlandais, par exemple. Le code suisse a deux articles sur la matière ; les artt. 484 et 485. D'après le premier de ces articles, le dépôt d'argent peut être conclu sans obligation de restituer en nature ; une semblable clause peut même se déduire des circonstances, lorsqu'une somme a été remise ouvertement et sans scellés. Le second article exige une autorisation expresse pour les choses fongibles et les fonds publics. Mais dans tous

les cas il y a dépôt (1). Le code de commerce espagnol, qui s'est occupé longuement du dépôt commercial, dit, dans son article 309, que lorsque le dépositaire dispose d'une chose avec l'autorisation du déposant, le dépôt change de nature et devient emprunt, commission ou autre contrat, qui aura été réellement conclu. Le code civil allemand a aussi une disposition spéciale, le § 700, qui prévoit deux sortes de dépôts irréguliers, celui où il a été convenu que les choses déposées passeraient en propriété au dépositaire, et celui où le dépositaire a la permission de consommer les choses. Dans le premier cas le contrat se change tout de suite en prêt de consommation, dans le second il ne le devient que lorsque le dépositaire s'est approprié les choses. La loi ajoute que sous le rapport du lieu et de l'époque de la restitution, le contrat reste soumis aux règles du dépôt, et que si le dépôt se compose de valeurs, une convention expresse est nécessaire pour que le dépositaire puisse se les approprier. Dans le § 419 du code de commerce allemand, la loi a prévu le cas où le contrat de dépôt permet au dépositaire professionnel de mélanger les marchandises déposées avec d'autres marchandises du même genre et de la même valeur ; la loi exige une convention expresse, et elle dit que le dépositaire n'acquiert pas la propriété de la masse, à moins que cela n'ait été convenu (2). Le même § autorise cependant le dépositaire à remettre à chaque client ce qui lui revient, sans l'assentiment des autres intéressés.

---

(1) Schneider-Fick, op. cit., ad art. 484, n°. 1.
(2) *Denkschrift z. Ent. e. H. G.*, 1897. I, 121.

ac. la loi allemande du 5 Juillet 1896. (Depotgesetz).

La clause qui dispense le dépositaire de l'obligation de restituer en nature, peut aisément passer inaperçue. Or, elle a des effets considérables, que le déposant éprouvera à son dam, en cas de faillite du dépositaire. Une loi allemande a tenté de donner au public, sous ce rapport, quelques garanties. Il s'agit de la loi du 5 Juillet 1896 sur les devoirs des commerçants, qui ont charge de conserver les titres de valeur, appartenant à autrui.

Cette loi impose des obligations particulières aux commerçants, auxquels s'applique, dans le code de commerce, l'obligation de tenir des livres. Ils doivent conserver séparément chaque dépôt et tenir un livre des numéros. Une clause, qui dispense le dépositaire de restituer en nature, doit être faite par écrit pour chaque opération, à moins que le déposant ne soit banquier ou changeur de profession. Ce n'est là qu'une esquisse sommaire de la loi, qui mérite certainement l'attention, mais que, pour le moment, je ne veux ni examiner à fond, ni surtout critiquer.

Le caractère même de la loi et les dispositions pénales, qui doivent assurer son exécution, indiquent bien à quels dépositaires le législateur allemand a entendu appliquer la loi.

b. *application du droit.*

Les différences entre le dépôt régulier et le dépôt irrégulier tiennent à la circonstance que pour ce dernier la restitution ne doit pas être faite en nature.

Le dépot irrégulier sera local-national, lorsqu'il intervient entre deux personnes domiciliées dans le pays du juge et de

telle sorte que la restitution, soit en nature, soit par équivalence, doit avoir lieu dans ce même pays, ce qui peut être considéré comme une clause naturelle lorsque le contraire n'a pas été exprimé. Le juge appliquera la loi de son pays, et s'il y a une controverse quant au caractère du contrat, il la résoudra. La règle posée pour le dépôt irrégulier n'est pas en contradiction avec celle qui se rapporte au louage ou au prêt, contractés dans les mêmes circonstances.

Si le contrat se trouve appartenir à la vie active locale-étrangère, par la localisation des éléments indiqués, le juge appliquera la loi étrangère, qui correspond à cette vie active locale.

Lorsqu'enfin le contrat s'est formé entre personnes domiciliées dans des pays différents, l'application de la loi du pays où le dépositaire est domicilié ou bien où il exerce sa profession, s'impose par les considérations indiquées, si c'est dans ce même pays que la restitution doit avoir lieu, d'après une saine interprétation du contrat. Le contrat pénètre par des éléments prépondérants dans la vie active locale. Le cas d'une restitution à faire dans un tiers pays est bien hypothétique. Si l'on voulait le prévoir, il faudrait le résoudre par l'application du droit commun international et l'interprétation des faits et des déclarations.

D. **Aubergistes, Hôteliers, etc.**

a. *le point saillant de comparaison.*

S'il y a un contrat qui de toute antiquité a appartenu à la vie active internationale, c'est bien celui que le voyageur conclut en entrant dans l'hôtellerie, où il prend logement, et éventuellement avec le maître d'écurie auquel il confie tem-

porairement sa voiture et ses chevaux. Ce dernier contrat, qui avait perdu à peu près toute sa signification, par suite du développement que les chemins de fer ont pris comme moyen de transport collectif, semble revivre un peu par les automobiles, nouveau moyen de transport individuel.

Les législations que j'ai consultées ne règlent pas le contrat d'hôtellerie dans son ensemble. Même le code civil portugais, qui a consacré une section au „contracto de albergaria", ne le fait pas; il définit le contrat dans son article 1419, et donne dans l'art. 1423 au voyageur un moyen simple de résoudre les contestations éventuelles. Si l'on voulait analyser le contrat de logement au moyen des éléments des autres contrats consensuels, on aboutirait à un mélange. Mais le contrat de logement se passe très bien de l'analogie.

Ce que les lois ont surtout voulu régler, dans le but de faciliter les relations internationales, c'est la responsabilité de l'aubergiste pour les bagages. Elles ont un thème commun, qui remonte au droit romain, comme tout le monde le sait. Je ne le critiquerai pas, bien que je n'aime pas les dispositions exceptionnelles pour une classe de citoyens. Je constate que malgré les pétitions des intéressés, un droit tout récent, le droit allemand, a maintenu la responsabilité spéciale. En Suisse, où la profession d'hôtelier est exercée par la haute bourgeoisie, la loi a aussi des dispositions, mêmes pour les écuries publiques.

Les lois cependant exécutent quelques variations sur le thème commun. La plus remarquable est la limitation de la responsabilité pour les objets de grande valeur et de petit volume, que le voyageur trouve bon de garder dans ses appartements. Le code suisse présume dans ce cas une négligence du voyageur (art. 486); le code civil allemand a un chiffre

maximum d'indemnité (§ 702), de même que le droit anglais (26 v. 27, Vict. C. 41). En France, une loi du 18 Avril 1889 en a créé un. Le code suisse et le code allemand ont défendu expressément à l'aubergiste de s'exonérer par des avis affichés ; ce dernier code (§ 703) fait dépendre le droit du voyageur d'une réclamation immédiate.

Naturellement il faut que le voyageur prouve le dépôt des effets. Il semble bien résulter de l'art. 1348 du code civil français (art. 1940 du code néerlandais) que le juge n'est pas absolument obligé d'admettre la preuve testimoniale, indépendamment de son droit de peser les témoignages. L'interprétation de la qualification d'aubergiste, et même de celle de voyageur, peuvent donner lieu à des nuances ; on a prétendu que les cafetiers ou entrepreneurs d'établissements de bains tombent sous la qualification d'aubergistes (1).

Quant au droit de gage légal, de privilège ou de rétention de l'aubergiste, il y a des nuances, que je me contente de mentionner.

b. *application du droit.*

Pour un contrat, qui par sa nature même se présente régulièrement sous la face internationale, il ne saurait être question de tenir compte de la nationalité ou du domicile du voyageur, pour déterminer le droit qui aura autorité. Manifestement, les exigences juridiques de la vie active universelle renvoient à la loi du lieu où se trouve l'hôtellerie ou l'écurie publique (2); le lieu, où la profession de l'aubergiste s'exerce,

---

(1) Laurent, *Principes*, XXVII, 147, sqq. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique*, XX, nos. 1241 et 1244

(2) Brocher, op. cit. II, no. 22. Rolin, III, 304, parle de lois de police.

forme l'élément prédominant qui fait pénétrer le contrat dans la vie active locale. C'est aussi le lieu où le contrat, le plus souvent, se conclut, et toujours celui où il doit être exécuté, même en ce qui concerne les obligations des voyageurs, mais, à mon avis, ces considérations sont trop générales pour en tirer argument.

L'hypothèse d'une auberge qui enjamberait la frontière est trop imaginaire pour qu'on s'y arrête. Mais on peut songer à des hôtelleries flottantes ou roulantes, des wagons-lits (1) par exemple. Pour les paquebots, le transport des bagages est une annexe du transport des personnes, qui est à examiner plus tard. Quant au wagon-lit, il serait arbitraire d'appliquer la loi du lieu où il se trouve ou celle du lieu où le contrat se conclut. Je suis d'avis que le contrat même emprunte sa validité au droit commun international, et que l'étendue des obligations des parties doit être déterminée par interprétation, d'après tous les faits et toutes les circonstances.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, op. cit., n°. 1246. (Conf.: Cassation fr. 3 Février 1896, arrêt cité en note).

2ième SECTION

BIENS IMMATÉRIELS

§ 15. *Examen général.*

A. **Subdivision.**

Les contrats qui ont pour but la mise en valeur des biens immatériels ont une aussi grande importance que ceux qui se rapportent aux biens matériels. Seulement les lois n'ont réglé que d'une manière très fragmentaire les obligations spéciales qui naissent des contrats de la première catégorie ; elles se sont contentées généralement de régier le mode de transmission des biens immatériels. Les principes de droit formulés pour la vente ou pour la concession de l'usage temporaire de biens matériels, s'appliquent à la vente et à la concession de l'usage de biens immatériels, en tant que la nature de ces derniers biens le comporte. Il y a peu de chose à comparer et je me contenterai d'un examen général, en faisant exception pour un seul contrat, le contrat d'édition, qui commence à devenir un contrat nommé.

Mon examen général portera :

1°. sur les droits immatériels absolus de la propriété industrielle, artistique et littéraire ;

2°. sur les droits immatériels relatifs, les créances ;

3°. sur les ensembles de biens considérés comme une unité, spécialement une hérédité.

B. **Droits de propriété intellectuelle.**

a. *caractère géneral.*

C'est une chose digne de remarque que le développement considérable qu'a pris de nos jours la législation nationale et internationale sur la propriété intellectuelle. Il y a là une glorification du travail individuel, et, à la fois, une réaction contre le matérialisme ancien et le collectivisme nouveau. L'ensemble des lois et des traités sur ce point forme un matériel immense, qui a été recueilli avec soin et comparé dans ses traits généraux (1). Il y a d'autant moins lieu de puiser dans ce matériel, que les lois s'occupent bien plutôt des modes de transmission des droits, que des obligations attachées à un contrat de mise en valeur. Les traités s'occupent encore moins de ces obligations. C'est pour cela que je me contenterai de comparer les lois, en ce qui concerne le contrat d'édition.

b. *observation sur l'application du droit.*

Bien que les traités internationaux aient organisé, dans une large mesure, la protection des étrangers, les droits de propriété intellectuelle portent toujours la marque de leur pays d'origine (2). Ils se prêtent comme droits absolus à la localisation. Mais je ne voudrais pas tirer de cette localisation du droit la conclusion que les contrats de vente et de cession temporaire, qui sont relatifs à un droit absolu, sont néces-

---

(1) Recueil général de la législ. et des traités concernant la propriété industrielle, publié par le Bureau International de Berne, 1896—1901. POINSARD, *Etudes de droit international conventionnel*, p. 469 sqq.

(2) KOHLER, *Die Immaterialgüter im internationalen Recht*. Zeitschrift Böhm-Niemeyer, VI, p. 236. *Handbuch des Deutschen Patentrechts* (1900), § 23.

sairement régis par la loi du pays où le droit a son siège. Cela est vrai des modes de transmission, mais non du contrat par lequel on s'oblige à transmettre. Je me permets de rappeler ce que j'ai dit au sujet de la vente des immeubles.

Sans doute lorsqu'une personne domiciliée dans un pays, cède à une autre personne domiciliée dans le même pays, un brevet d'invention, par exemple, qui lui a été accordé dans ce même pays, le contrat de vente appartiendra à la vie active locale-nationale ou locale-étrangère, et sera régi par la loi correspondante. Mais si les personnes ne sont pas domiciliées dans le même pays, ou s'il s'agit d'un droit qui doit être exercé dans un pays autre que celui de leur domicile commun, je ne voudrais pas me tirer d'affaire en disant que le contrat de vente ou de concession de licence est nécessairement régi par la loi du pays où l'exercice du droit cédé ou concédé doit avoir lieu. On ne peut arriver à ce résultat que par interprétation, en admettant que la validité du contrat dépend du droit commun international, et que l'étendue des obligations des parties doit être déterminée d'après les circonstances. On peut alors attacher à la loi du lieu où le droit doit être exercé, comme d'ailleurs à la loi du domicile commun ou de la nationalité commune des parties, l'importance que les circonstances leur donnent.

C. **Droits de créance.**

a. *points saillants de comparaison.*

Le contrat de transmission de créances, que j'ai en vue ici, est le contrat qui a pour objet la prestation qu'un créancier déterminé peut exiger d'un débiteur déterminé. La transmission des titres négociables sera traitée en son lieu ; pour moi, dans

ces derniers cas, il n'y a pas transmission de créance mais de titre; ce n'est pas le droit de son prédécesseur que l'acquéreur exerce, mais le droit attaché au titre.

Dans le droit moderne, la créance, élément du patrimoine du créancier, est en général cessible. Par suite, elle peut être l'objet de contrats dont la vente est le type, de même qu'elle peut être donnée en gage, ou saisie par les créanciers du créancier. Mais ici encore, les législations ont plutôt réglé les effets de la transmission, et ceux du gage ou de la saisie, que le contrat par lequel le créancier s'engage à transmettre. Sous ce dernier rapport, le matériel de comparaison est singulièrement restreint.

La créance active est un bien, et les modes de transmission de ce bien appartiennent en réalité au droit des biens, et non au droit des obligations contractuelles. Cependant le code civil français traite du mode de transmission et du contrat par lequel on s'engage à transmettre, dans le même chapitre du titre de la vente. Le code civil néerlandais a séparé les deux matières; dans le droit néerlandais d'ailleurs, la propriété ne se transmet pas par l'effet des obligations. Dans le code français (artt. 1689—1691, 1607) la délivrance d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre, mais le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification ou ce qui la remplace légalement, et le débiteur qui paie au cédant, avant la signification, est libéré. Je cite aussi textuellement que possible, pour ne pas trancher les nombreuses controverses auxquelles le texte et particulièrement le mot „délivrance” donnent lieu (1). Dans le droit

(1) Laurent, *Principes*, XXIV, 474 sqq.

néerlandais, la délivrance d'une créance, dans le sens d'un mode d'acquisition (c. c. art. 668), s'opère par un acte authenthique ou sous seing privé, et la signification n'est nécessaire que pour saisir le nouveau créancier à l'égard du débiteur (1). Le code civil allemand a consacré une section entière du livre II au transport des créances et à ses effets; cette section s'occupe de la cessibilité et de la transmission. Cette dernière s'opère par le concours des volontés (2) (§ 398), mais le débiteur se libère valablement en payant au créancier primitif, avant d'avoir eu connaissance de la cession (§ 407); il n'est obligé de payer au cessionnaire que sur la preuve de la cession. La loi hypothécaire belge du 16 Décembre 1851, art. 5, soumet à l'inscription, en ce qui concerne les tiers, la cession de créances privilégiées ou hypothécaires. Dans le droit anglais, une créance peut être cédée par écrit, et une notification par écrit adressée au débiteur la rend efficace en droit (3). Le code fédéral suisse (art. 198) réserve aux législations cantonales la matière de la cession des créances hypothécaires.

Abstraction faite des créances incessibles parce que leur nature les attache à une personne, le droit allemand a permis — contrairement au texte du premier projet de code civil — d'exclure la cessibilité par une convention conclue entre le créancier et le débiteur. Dans le droit français une pareille clause a été considérée comme contraire à l'ordre public (4). La Cour de l'Empire l'a décidé ainsi en Allemagne pour la partie du pays où le droit français a été en vigueur (5).

---

(1) Diephuis, *Ned. Burg. Recht*, VI, p. 96.

(2) Dernburg, op. cit., 2 I, § 139.

(3) Addison, op. cit., p. 1268 sqq. Supreme Court of Judicature act. 36 et 37 Vict. c. 66, S. 25.

(4) Laurent, *Principes*, XXIV, 467.

(5) Reichsgerichts Entsch. XXVII, 340, cité par Dernburg II[1], 137, not. 3.

Par contre, le code civil français, suivi par plusieurs autres législations, non sans quelques variantes, a défendu sous peine de nullité à certaines personnes de se rendre cessionnaires de certains droits litigieux (art. 1597). Le retrait litigieux du code français, art. 1699 et suiv., reproduit par le code civil italien, art. 1546 et suiv., est inconnu, entre autres, dans le droit néerlandais.

Ce que les législations disent de la substance du contrat par lequel une personne s'engage à transporter une créance à une autre personne, qui promet de payer un prix, est fort peu de chose, et il y a accord, en principe, pour dire que le cédant-vendeur ne garantit pas la solvabilité du débiteur ; le code civil italien, entre autres, art. 1544, règle les effets d'une clause générale sur la solvabilité. Les différences qui résulteront de l'application de telle ou telle loi, plutôt que de telle ou telle autre, naîtront plutôt des principes généraux sur la vente, qui s'appliquent à la vente d'une créance en tant que la loi n'a pas spécialement réglé cette vente.

La reprise de dette du droit allemand (§§ 414 et suiv. du c. c.) n'appartient pas à la matière que je traite ici.

b. *application du droit.*

La question de la cession a été traitée par beaucoup d'auteurs de mérite, von Bar, Laurent, Brocher, Rolin, Surville, entre autres ; elle a fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires, que Surville (1) a analysées avec un soin particulier. Ce qui rend la question un peu embrouillée, c'est que souvent on l'a posée trop généralement en demandant : „quelle est la loi qui régit la cession?" et que même les

---

(1) F. Surville, *La cession et la mise en gage de créances dans le d. i. p.*, Journal Clunet, 1897, p. 671.

auteurs qui ont su éviter cette formule en distinguant entre la cession, comme mode de transmission, et la cession, comme contrat de transmission, ont fait intervenir un système, régissant l'obligation a priori.

La distinction entre la cession, dans les deux acceptions indiquées, a été faite par von Bar (1) et par Surville, et elle est développée lumineusement dans un arrêt de la Cour supérieure de Francfort s/M. du 4 Mars 1892 (2). La cession, considérée comme mode de transmission, et la cession, comme contrat de transmission, peuvent se faire toutes deux par le seul consentement et s'emboîter l'une dans l'autre, ce n'en sont pas moins deux opérations juridiques distinctes.

La cession, considérée comme mode de transmission d'un bien immatériel, appartient au régime des biens. Les systèmes sur la loi qui régit la substance des obligations ne lui sont pas applicables. On a essayé de décider la chose en cherchant le siège de l'obligation, considérée comme bien. Mais il est difficile de dire si ce siège est au lieu du domicile du débiteur, ou à celui du domicile du créancier ; en réalité le lien de droit n'a pas de siège. Les partisans des deux systèmes affirment leur opinion plutôt qu'ils ne la défendent. La solution doit être obtenue en consultant les exigences de la société universelle ; si l'on obtient l'ordre raisonnable de cette société par l'application d'une loi, le respect de cette loi s'impose aux Etats qui ont le devoir d'assurer cet ordre raisonnable. C'est par cette voie que j'aboutis à la loi du domicile du débiteur ; c'est là que normalement l'autorité publique doit agir pour le forcer à payer, et c'est sur cette autorité qu'il

(1) Op. cit., II, p. 80.
(2) Zeitschrift Böhm-Niemeyer, 1892, p. 479.

compte pour qu'il ne soit pas obligé de payer deux fois ; c'est là aussi que l'on peut saisir effectivement la prestation qui est due. Beaucoup d'auteurs et de décisions judiciaires aboutissent à ce résultat, mais leurs arguments sont bien divers, VON BAR y arrive par son système, LAURENT en invoquant l'intérêt de la société, la commission de révision du code civil belge par une fiction légale (1).

La chose ne concerne le sujet que je traite, la substance des obligations contractuelles, qu'en tant qu'il importe de la placer en dehors de ce sujet.

Tout autre est la question de savoir quel droit sera applicable aux relations entre le cédant et le cessionnaire, qui dépendent de la cession considérée comme contrat. Si les systèmes étaient bons, c'est ici qu'ils devraient donner une solution juste. On voit malheureusement les dissentiments s'éterniser. Est-ce la loi du lieu de la cession, celle du lieu où elle doit être exécutée, la loi qui régit l'obligation cédée, celle du domicile ou de la nationalité des parties, celle que les parties ont eu en vue, qu'il faut suivre, sauf à appliquer subsidiairement une des autres ? C'est l'impasse habituelle. Les exigences de l'ordre raisonnable de la société ne renvoient pas généralement et absolument à l'une ou l'autre de ces lois. Il me paraît qu'il faut ici encore s'attacher aux faces des relations juridiques. Si la cession intervient entre deux personnes domiciliées dans le pays où est domicilié également le débiteur cédé, la cession sera locale-nationale ou locale-étrangère, et le droit local régira sa substance. Si elle se produit entre personnes qui

---

(1) VON BAR, II, p. 79. LAURENT, Dr. civ. int. XII. N⁰. 230. *Commission de révision du code civil belge*, dans la Revue Asser-Rolin 1886, p. 463. Cour d'appel de Cologne, 14 Oct. 1890. Revue Clunet, 1893 p. 599. Reichsgericht, 23 Mars 1897, ibid. 1900 p. 634. En sens différent, Reichsgericht, 29 Janvier 1901, ibid. 1905, p. 232. Zeitschrift de Böhm-Niemeyer XII, 113.

habitent des pays différents, ou si le débiteur cédé est domicilié dans un pays autre que celui du domicile commun des parties, la force obligatoire de la cession dépendra du droit commun international, et la substance des obligations qu'elle fera naître, dépendra de la saine interprétation de l'intention commune des parties ou de la confiance que chacune d'elles a dû inspirer à l'autre, par sa déclaration de vouloir céder ou d'accepter la cession. La loi du domicile commun des parties, celle de leur nationalité, celle du lieu du domicile du débiteur, etc. auront exactement l'importance qu'elles méritent. Je ne suis pas disposé à considérer, en principe, comme soumise à la loi du lieu de la situation de l'immeuble la cession des créances hypothécaires ; cela peut s'admettre pour l'hypothèque, accessoire de la créance, mais quant à la créance même, la loi du lieu de la situation ne sera qu'un élément d'interprétation, une circonstance entre les circonstances. Lorsque la loi d'un pays statue expressément le contraire, le juge de ce pays obéira ; cela va de soi.

Au reste, quelle que soit la loi qui régisse la cession comme contrat, la cessibilité ou plutôt l'incessibilité, qualité de la créance, dépend du droit qui la régit. Le cédant, d'après toutes les lois dont l'application est imaginable, a promis au cessionnaire de lui faire avoir une créance déterminée ; si cette créance est incessible, la prestation du cédant sera impossible, et cette circonstance aura sur la cession l'effet qui lui est propre d'après la loi qui régit cette dernière.

D. **Observations sur la cession d'une hérédité.**

a. *quelques points de comparaison.*

Ici encore, il faut distinguer entre la transmissibilité et la transmission de l'hérédité d'une part, et le contrat de trans-

mission d'autre part (1). Les premiers points appartiennent au droit héréditaire, et comme ce sont les plus importants, je serai bref.

Le code civil français a consacré à la vente d'une hérédité ouverte, considérée comme un ensemble, quelques articles du titre de la vente (1696—1698) qui sont loin de résoudre toutes les difficultés. Le code civil néerlandais a reproduit ces articles, mais il n'a pas le retrait successoral de l'art. 841 du code français (2). Le code civil allemand contient toute une section, dans le livre V, sur la matière. Je relève, parmi les dispositions de cette section celle du § 2371, qui exige une forme spéciale, celle du § 2376, qui détermine la garantie due par le vendeur, et celle du § 2382 sur la responsabilité du vendeur et de l'acheteur à l'égard des créanciers de la succession. Je mentionne en passant les dispositions des § 2033 et suiv. du même code sur la vente d'une part d'hérédité, mais je n'ai garde d'entrer dans les controverses que ces §§ semblent devoir soulever (3). Le pacte successoral du droit allemand (§ 2274 c. c.) n'appartient pas à la matière du travail actuel.

b. *application du droit,*

Dans l'état actuel du droit international privé, le contrat de transmission d'une héredité, considérée comme ensemble, ne sera un contrat local-national ou local-étranger, que lorsqu'il sera intervenu entre deux personnes domiciliées dans le même pays et lorsque le défunt aura appartenu à ce pays par sa nationalité et y aura eu son dernier domicile. Tous

(1) Conf. Klein, *Zur Auslegung des Art. 24 des Einführungsg. z. d. B. G. B.* Zeitschrift Böhm—Niemeyer XII, p. 444.

(2) C. Asser, op cit., § 578.

(3) Dernburg, op. cit., V, § 193.

ces éléments doivent être localisés ensemble pour qu'on puisse dire que le contrat de transmission appartient à la sphère locale de la vie active d'un pays. Si les éléments ne sont pas localisés ainsi, le contrat sera obligatoire par lui-même en vertu du droit commun international, et son interprétation dépendra des circonstances, mais certainement, parmi ces circonstances, la loi qui, au point de vue du juge, régit la transmission de la succession, comptera parmi les plus importantes. Ce serait aller trop loin que de dire qu'elle régit le contrat de transmission.

Quant à la cession d'autres collectivités, telles qu'un fonds de commerce, les lois fournissent peu de matériaux, et les principes indiqués pour la vente en général devront être appliqués, dans le droit national comme dans le droit international, avec les nuances que présente le fonds de commerce.

§ 16. *Contrat d'édition.*

A. **Points saillants de comparaison.**

a. *caractère général.*

Le contrat d'édition ne forme qu'une toute petite partie du droit de la propriété littéraire et artistique. Ce droit, considéré en lui-même, appartient au régime des biens, et le contrat d'édition n'est qu'un des nombreux contrats que l'auteur peut conclure pour l'exploitation de son bien. Mais le contrat d'édition est devenu un contrat nommé dans un certain nombre de pays, pour les mêmes raisons qui ont conduit les législateurs à régler les contrats nommés classiques. Le contrat d'édition est au moins aussi important,

je pense, que l'échange ou le prêt à usage. Dans les pays qui n'ont pas légiféré sur le contrat d'édition, ce contrat, valable par lui-même s'il est conforme aux conditions générales des contrats, sera interprété par son contenu, les usages, et les principes généraux.

Le contrat d'édition, dont les lois hongroise (§ 515 c. d. comm.), suisse, (art. 372 code féd. des obl.) et allemande (§ 1, j°. 48 de la loi du 29 Juin 1901) indiquent le caractère, est un contrat consensuel, synallagmatique en principe, par lequel l'auteur d'une œuvre, comprise dans la réglementation légale, s'engage à la remettre à un éditeur qui s'oblige à la reproduire et à la publier, et qui acquerra tout au moins l'exercice temporaire du droit absolu et exclusif d'exploiter l'œuvre (1). Ces lois reposent sur la considération que les principes généraux sur les effets des contrats, les risques, la résolution, etc. donneraient lieu, pour le contrat d'édition, à des difficultés qu'il vaut mieux décider par un texte. La loi allemande est la plus minutieuse, elle est aussi la plus récente des trois. Cette loi, qui règle pour toute l'Allemagne une matière qui n'a pas été insérée dans le code civil, s'occupe aussi des œuvres musicales, ce qui n'a pas été fait sans susciter de vifs débats, comme on peut le voir par la monographie de VOIGTLÄNDER (2).

Les lois que j'ai citées, et qui règlent dans le même but une matière relativement neuve, ne sont pas foncièrement différentes, mais il y a des nuances dans l'application des principes et les lois portent la trace d'un désir plus ou moins grand d'être complètes dans les détails.

---

(1) KLOSTERMANN, dans le Manuel D'ENDEMANN, III, § 393.

(2) *Die Gesetze betreff das Urheberrecht u. das Verlagsrecht*, Leipzig 1901, particulièrement p. 168, 179, 183.

b. *obligations des parties.*

L'auteur doit la garantie que le droit, dont il concède l'exercice, existe ; il doit s'abstenir de porter lui-même atteinte au droit de l'éditeur. Cela est naturel et ne demanderait pas un texte. Mais les lois ont précisé. C'est la loi allemande qui est la plus détaillée, elle ne réserve pas seulement à l'auteur le droit de traduction, ce que les deux autres lois font aussi (Hongrie, § 518 c. d. comm. ; Suisse, art. 382 c. f.), mais elle dit aussi que l'auteur peut reproduire sous forme de pièce de théâtre un sujet traité sous forme de récit, et vice-versa, et qu'il peut se servir de la mélodie d'une œuvre musicale, pourvu que ce ne soit pas sous la forme d'un extrait ou d'une simple transposition (1). Le § 3 de la loi allemande s'occupe des contributions faites gratis à une œuvre collective ; le § 41 de celles qui sont faites à un journal, une revue, ou un travail collectif périodique.

Les droits et les obligations de l'éditeur sont aussi développés, surtout encore dans la loi allemande. En principe il n'a que le droit de faire une seule édition ; les lois hongroise et suisse lui abandonnent le pouvoir de fixer le nombre d'exemplaires de cette édition, la loi allemande le fixe à mille, sauf convention contraire.

Les lois règlent encore une foule de points, les honoraires et l'époque de leur payement, la correction, les modifications et additions, les éditions subséquentes, la fixation du prix de l'ouvrage, etc.

c. *influence d'événements.*

Les trois législations citées ne diffèrent pas très sensiblement en ce qui concerne les effets de la perte du manuscrit, par

(1) VOIGTLÄNDER, op. cit., p. 176.

cas fortuit, avant ou après sa délivrance à l'éditeur, ou de la perte des exemplaires préparés pour la vente, ainsi que pour ce qui est des suites de la mort de l'auteur avant l'achèvement de l'œuvre. Elles sont d'accord aussi pour simplifier la résolution du contrat, lorsque l'une des parties est en demeure de remplir ses engagements. Mais la loi allemande a développé tout spécialement un point que le code hongrois (§ 531) ne fait qu'effleurer, le droit des parties de renoncer au contrat, par suite d'un changement des circonstances. Pour l'éditeur ce point est réglé dans le § 18, pour l'auteur dans le § 35 ; la liberté donnée à l'auteur est plus grande que celle donnée à l'éditeur, cependant il faut qu'il établisse des faits justifiant sa résolution. Au reste, le § 26 de la même loi permet à l'auteur d'acheter toute l'édition, et de mettre fin ainsi, s'il n'y a qu'une seule édition ou si c'est la dernière, aux droits de l'éditeur.

d. *cession du droit de l'éditeur.*

La disposition du § 28 de la loi allemande, qui permet à l'éditeur de céder ses droits, a donné lieu à de vifs débats dans les cercles intéressés (1). La loi a fini par permettre la cession, si elle n'est pas exclue par le contrat, sauf quand il s'agit d'œuvres déterminées ; l'éditeur peut ainsi céder tout son fonds ou des groupes d'œuvres. Même pour les œuvres déterminées, il faut une raison grave pour que l'auteur puisse refuser l'autorisation de céder, éventuellement son silence pourra équivaloir à une adhésion. Le deuxième membre du § règle les rapports entre l'auteur, le cédant et le cessionnaire. Le cessionnaire est responsable envers l'auteur — solidairement

(1) Voitgländer, op. cit., p. 231.

avec le cédant — si dans le contrat de cession il a accepté de remplir les obligations du cédant. Cette disposition a influence sur les effets de la faillite de l'éditeur, que la loi allemande règle dans son § 36 en s'écartant du code hongrois (§ 532) et du code suisse (art. 390).

B. **Application du droit.**

Il est aisé de concevoir que lorsque l'auteur, ou ses ayants-cause, et l'éditeur habitent le même pays et que le contrat porte, soit sur l'exploitation générale de l'œuvre, soit sur une publication à faire dans le même pays, le contrat sera local-national ou local-étranger, ce qui conduira à l'application de la loi d'un pays. Cette application n'exclut pas l'interprétation de l'intention commune des parties ; cette intention, exprimée ou manifestée clairement, peut tout modifier ; ni l'auteur, ni l'éditeur ne sont des parties faibles économiquement, que la société doit protéger contre la force ou la ruse de la partie adverse. Le lieu où le contrat peut avoir été conclu n'aura qu'une très faible signification sous cette face, la nationalité commune des parties peut en avoir une plus grande.

Très souvent le contrat se présentera sous la face internationale. Le droit international de la propriété littéraire a acquis un grand développement, et un auteur peut avoir intérêt à conclure un contrat d'édition avec un éditeur étranger, soit pour s'assurer dans le pays de cet éditeur des droits qui dépendent de la publication ou de la première publication, soit pour une traduction (2). On peut alors se demander si ce contrat est régi par une loi déterminée. Je ne voudrais pas faire une réponse générale à cette question. Je ne vois pas

---

(1) Art. 5 du traité de Berne du 9 Sept. 1886, dans le texte de l'acte additionnel et de la déclaration de Paris du 4 Mai 1896.

de raison décisive pour renvoyer toujours à la loi du lieu du contrat, à celle du lieu où il doit être exécuté, ou à celle du domicile de l'auteur ou de l'éditeur. MARTIN ISAAC, dans un article publié dans la *Zeitschr. f. Int. Priv. u. Strafrecht* (1) voudrait appliquer cette dernière loi, qui lui paraît se rattacher à ce qu'il appelle le centre de gravité du contrat. L'argument serait bon s'il reposait sur une donnée juste, mais il ne me paraît pas que l'obligation de l'éditeur soit prépondérante. Je me représente bien un cas où je la considérerais comme telle, c'est celui d'un Allemand, établi à l'étranger, et traitant avec un éditeur domicilié en Allemagne pour un ouvrage qui doit être publié dans sa langue maternelle. Mais c'est un cas spécial. Il me paraît plus juste de dire que, lorsque le contrat d'édition se présente sous la face internationale, la force obligatoire du contrat dérive du droit commun international et que son interprétation dépend des circonstances. Si cette interprétation montre que les parties, pour l'ensemble de leurs droits et obligations, ont eu toutes deux en vue une loi, leur loi nationale commune par exemple, cette loi sera applicable ; sinon le juge appréciera quelle est l'étendue de la confiance que chaque partie a dû raisonnablement inspirer à l'autre. Les inconvénients ne sont pas fort grands, il y a des pays où la loi ne s'occupe pas du tout du contrat d'édition et où il faut bien tout déterminer par interprétation.

---

(1) XIII (1903), p. 374.

3ième SECTION.

CRÉDIT.

§ 17. *Subdivision.*

Pour traiter du crédit, dans le droit comparé et surtout dans le droit international, il faut prendre la question d'un peu haut, sans s'arrêter longtemps aux définitions, aux controverses sur la nature juridique de certaines opérations, et à la distinction entre les opérations civiles et les opérations commerciales. Quand on parle d'ouverture de crédit, d'ordre de crédit, de compte-courant, on se trouve en face de plusieurs définitions, qui toutes invoquent souvent les usages du commerce. Les dispositions légales sont clairsemées, nichées un peu partout. Le code fédéral suisse traite de la lettre de crédit et de l'ordre de crédit dans le titre du mandat (artt. 415—421). Le droit commercial espagnol, ancien et nouveau, a mis la lettre de crédit à la suite des papiers commerciaux. Le droit allemand parle de l'ordre de crédit dans le titre du cautionnement du code civil, et du compte-courant dans le code de commerce. Lyon-Caen et Renault (1), dans leur traité, ont mis l'ouverture de crédit et la lettre de crédit dans une section consacrée aux opérations de banque; le compte-courant forme une section particulière. Dans le

(1) IV, 666 et suiv.

travail de DANIEL (1), les lettres de crédit et les „notes circulaires" usitées en Amérique, viennent après ce que l'auteur appelle les „instruments négociables". Dans le grand manuel d'ENDEMANN, l'ouverture de crédit et le compte-courant sont traités par COHN et GRÜNHUT, dans une section consacrée aux opérations de crédit (III § 426) en même temps que le prêt, le dépôt irrégulier, etc. ; dans la section suivante, consacrée aux opérations de payement (III § 453), COHN s'occupe de la lettre de crédit entre l'assignation et le chèque ; l'ordre de crédit est traité par REGELSBERGER (II § 256) au milieu des principes généraux sur les opérations commerciales. Celui qui voudrait s'arrêter à discuter en route, avec tous ceux qui le contredisent, n'arriverait jamais au but de son voyage.

L'expression „crédit" est tellement large de sens, qu'elle devient presque insaisissable. Dans tout contrat où il y a une prestation différée, il y a crédit. Dans tous les papiers commerciaux, depuis la lettre de change jusqu'au titre de rente sur un Etat, il y a crédit. A la rigueur tout créancier est un „créditeur". Dans son sens le plus large, „crédit" correspond à „confiance", et la confiance est l'âme de toutes les obligations contractuelles. Ce n'est pas de ce crédit-là que je veux parler. Je ne m'occuperai ni de la vente à crédit, ni du dépôt d'espèces, ni des emprunts, ni des titres négociables, mais seulement du crédit, matérialisé pour ainsi dire par le fait qu'une personne s'engage à mettre certains biens à la disposition d'une autre ; ce droit de disposition est un élément du patrimoine du crédité, et les contrats qui donnent ou règlent ce droit de disposition sont pour moi des contrats de mise en valeur du crédit.

(1) *The law of negociable instruments*, V[e] édit., 2, 820.

Je vais traiter successivement de l'ouverture de crédit, de l'ordre de crédit et de la lettre de crédit, et puis du compte-courant. Je ne veux pas faire une distinction qui rangerait les trois premiers sujets ensemble sous la rubrique du „crédit unilatéral", et qui ferait du compte-courant, par opposition, un „crédit réciproque"; la chose est trop discutée et moi-même je ne suis pas convaincu du bien-fondé de la distinction. Les textes à comparer en cette matière ne sont pas nombreux et les différences tiennent souvent à des conceptions théoriques. La pratique internationale des affaires ne semble pas trop en souffrir. C'est pour cela que j'éviterai encore plus soigneusement les détails que dans les autres matières.

---

§ 18. *Ouverture de crédit.*

A. **Absence de points saillants de comparaison.**

Il y a ouverture de crédit lorsqu'une personne s'oblige à mettre des biens à la disposition d'une autre personne qui accepte cet engagement. Il faut qu'il y ait accord; une offre absolument unilatérale en termes généraux ne suffirait pas, mais l'acceptation peut être tacite. Régulièrement d'ailleurs, il y a promesse de contreprestation éventuelle de la part du crédité; souvent même le crédité s'engage à quelque chose sur le fait même de l'ouverture du crédit, et quand même il n'en ferait pas usage. Cela n'a rien d'extraordinaire, c'est le prix du crédit.

La matière présente peu de textes à comparer, mais beaucoup de controverses, et l'application d'un texte ne vient

souvent qu'après que la controverse sur l'application de ce texte a été décidée.

Il y a controverse sur la nature du contrat. Est ce une promesse de prêt, comme le pensent entre autres Lyon Caen et Renault (1), ou un contrat de prestation de crédit comme l'a soutenu mon compatriote Levy (2)? Je penche pour la dernière opinion, mais je n'insiste pas.

Sur cette controverse vient s'enter une autre. Le donneur de crédit peut-il révoquer sa promesse ou dénoncer son obligation? Selon les opinions, on peut invoquer des textes. L'art. 332 du code fédéral suisse (j°. art. 96) (3) permet la révocation d'une promesse de prêt, mais seulement dans les cas indiqués. Le § 610 du code civil allemand est encore plus large (4). Abstraction faite des textes, on peut dire qu'une interprétation raisonnable de la promesse de prestation de crédit conduit à la condition implicite que les circonstances ne se modifieront pas. Lyon Caen et Renault enseignent, pour le droit français (5), que l'ouverture de crédit prend fin par la faillite ou la liquidation judiciaire du crédité, sa mort et d'autres circonstances de ce genre, parce que le contrat a un caractère éminemment personnel. Ils ajoutent, dans le même esprit, que les créanciers du crédité ne peuvent ni invoquer l'art. 1166 du code civil pour tirer à eux le crédit, ni faire une saisie sur les fonds disponibles.

La nature de l'ouverture de crédit influe encore sur les arguments théoriques, qui se rapportent à la question de

(1) *Traité de dr. comm.*, IV, n°s. 684, 709, 711.

(2) *Rekening-courant*, La Haye, 1873 §§ 48 et 49.

(3) Schneider-Fick, sur l'art. 96 et l'art. 332.

(4) Pour le droit antérieur, conf. Regelsberger, dans le manuel d'Endemann II, § 243 note 15.

(5) Op. cit., IV, N°. 745.

savoir si l'on peut garantir une ouverture de crédit par un cautionnement ou une hypothèque, et quel sera le rang de cette hypothèque. LYON CAEN et RENAULT (1) admettent, avec la jurisprudence française, que l'hypothèque prend rang du jour de son inscription. Dans notre pays, on agit dans la pratique comme s'il en était ainsi ; la jurisprudence n'est pas défavorable à ce système. En Belgique, la loi hypothécaire (2) a décidé la question. En Allemagne, le code civil statue expressément (§ 1113) que l'hypothèque peut avoir pour objet une dette future (3). Le § 1190 du même code est encore plus large.

Les dispositions fiscales en matière d'ouverture de crédit et d'hypothèque constituée pour un crédit ouvert sortent de notre cadre.

B. **Application du droit.**

Par suite de toutes ces controverses, la question de savoir quel droit régit l'ouverture de crédit importe assez peu ; l'inconvénient de l'incertitude du texte applicable n'est pas sensible. Si le crédité et le donneur de crédit sont domiciliés dans le même pays et si l'établissement qui ouvre le crédit s'y trouve aussi, le contrat sera local et la loi de ce pays sera appliquée, ce qui permettra de résoudre les controverses dans l'esprit de cette loi. Si les personnes ne sont pas domiciliées dans le même pays, ou même si elles traitent au sujet d'un crédit à ouvrir dans un pays lointain où le donneur de crédit a un établissement, je ne voudrais pas m'attacher sans réserve à la loi du pays où le crédit est ouvert, à celle

(1) Op. cit.. IV, 729.
(2) Loi du 16 Décembre 1851, art. 80, modifié par la loi du 15 Avril 1889.
(3) DERNBURG, op cit., III, § 243.

du lieu où se trouve le domicile du crédité, ou à une autre loi fixée d'avance. Le contrat sera valable en vertu du droit commun, et son interprétation dépendra des circonstances. L'arrêt de la Cour de cassation de France, du 19 Février 1890 (1), peut être considéré comme une application de ce principe, en ce qui concerne la substance du contrat d'ouverture de crédit ; la décision porte au reste plutôt sur un emprunt fait en vertu d'une ouverture de crédit, que sur le contrat d'ouverture comme source d'obligations.

—

§ 19. *Ordre de crédit.*

Il y a ici une ouverture de crédit et de plus un tiers qui a donné l'ordre ou le mandat d'ouvrir ce crédit. Les particularités de la matière se rattachent à ce tiers. Elles sont intéressantes et passablement complexes. Il s'agit d'abord de savoir s'il y a simple recommandation ou garantie ; puis on peut se demander si le mandat domine ou bien le cautionnement, ou encore s'il y a un mandat au début qui se change plus tard en cautionnement, et enfin si ce cautionnement est un cautionnement ordinaire.

Le code fédéral suisse a donné un certain nombre de règles, qui se trouvent dans le titre du mandat. L'art. 418 exige un ordre écrit ; en principe il assimile le donneur d'ordre à la caution. La loi ne permet pas au donneur d'ordre d'exciper de l'incapacité personnelle du crédité (art. 419 j°. 492) et libère le donneur d'ordre lorsque le donneur de crédit a outrepassé son mandat, accordé des délais de son chef, ou

(1) Journal de Clunet, 1890, p. 495, confirmant Rouen 12 Juillet 1889, ibid. p. 123.

négligé de poursuivre le crédité conformément aux instructions qu'il a reçues.

Le texte de la loi allemande est plus simple. Elle distingue nettement, dans le § 676 du code civil, entre un conseil ou une recommandation d'une part, et entre un contrat ou un acte illicite d'autre part. Le § 778 du code, qui se trouve à la fin du titre consacré au cautionnement, oblige à la manière d'une caution celui qui, dans les termes de la loi, a donné à un autre l'ordre — la loi se sert du mot „beauftragt" — de donner crédit. Le § 349 du code de commerce a encore une disposition sur le bénéfice de discussion, lorsque le fait est commercial dans le sens que ce § indique. Bien que le texte de la loi soit simple, il ne laisse pas que de susciter des difficultés (1), qui devront certainement être résolues lorsque la loi allemande sera applicable.

Dans les législations qui sont muettes sur la matière, comme la législation néerlandaise par exemple, une saine interprétation des faits pourra conduire à la conclusion que celui qui a donné l'ordre d'ouvrir un crédit entend garantir le donneur de crédit. DANIEL constate la même chose pour le droit américain (2).

En somme, ici encore, nous voyons que les différences entre les lois ne sont pas saillantes, et que le droit des pays, où la loi est muette, ne diffère pas sensiblement de celui que l'on trouve dans les lois explicites. L'intérêt attaché à la question de la loi positive est minime. Lorsque le donneur d'ordre et le donneur de crédit sont domiciliés dans le même pays, la relation qui se forme entre eux appartient à la vie active locale, et se trouve soumise au droit local-national ou local-

(1) Dr. WEIDEMANN, *der Kreditauftrag*, Zeitsch. f. d. G. H. 1903, 429.
(2) Op. cit., § 1791 et 1795.

étranger. Si les deux parties sont domiciliées dans des pays différents, il faudra, sur la base d'un droit commun international, déterminer par une saine appréciation des faits s'il y a une obligation de garantie. Ce point élucidé, l'étendue de la garantie sera déterminée par les règles qui régissent le cautionnement dans la vie active internationale, règles dont je me propose de parler plus tard.

---

§ 20. *Lettre de crédit.*

A. Caractère général.

Il s'agit ici d'une antique institution, qui a précédé et probablement préparé la lettre de change (1). Aujourd'hui, elle est revenue à peu près au rôle modeste mais utile de fournir aux touristes de l'argent en cours de route, sur le crédit de leur banquier. On a tenté de se servir de la lettre de crédit pour éluder le timbre des lettres de change ; les lois fiscales, très farouches, ont fait tous leurs efforts pour déjouer cette manœuvre. Les lois commerciales, qui défendent de faire des lettres de crédit à ordre ou au porteur, gardent la trace des susceptibilités du fisc.

Je vais, pour ne pas entremêler deux choses que je considère comme distinctes, dégager, autant que possible, la lettre de crédit du rapport avec l'assignation, que le code suisse établit. Je concentrerai mon attention sur la lettre de crédit nominative, la lettre que le touriste emporte.

Cette lettre nous présente trois personnes. Appelons-les le banquier du touriste, le touriste, et le correspondant du banquier. Le touriste, sur la foi de la lettre de son banquier,

(1) Goldschmidt, *Universalgeschichte*, 3ième éd. p. 397 sqq.

et le plus souvent aussi de l'avis que le banquier adresse à son correspondant, non sans recommandations secrètes parfois, se présente chez le correspondant, pour toucher des fonds. Le touriste ne devient pas débiteur du correspondant, mais du banquier. Le correspondant devient créancier du banquier. Le crédit ne sera gratuit que si le banquier veut rendre un service tout particulier à son client, service que probablement le client paiera indirectement.

B. **Dispositions légales.**

La législation espagnole, qui a été suivie par la plupart des pays de l'Amérique latine (1), s'est occupée de la lettre de crédit dans le code de commerce de 1829, et ses dispositions ont passé, avec quelques changements (2), dans le code de 1886 (artt. 567—572). La loi exige, entre autres, que la lettre soit à personne dénommée et qu'elle contienne au moins, quant à la somme, un maximum. Le banquier peut révoquer la lettre. L'ancien code lui permettait aussi de la redemander par la voie judiciaire ; le nouveau (art. 572) déclare la lettre nulle, si elle n'a été employée dans le délai fixé, ou, à défaut de délai, dans les six ou douze mois, selon que le correspondant est établi en Europe ou hors d'Europe.

Le code fédéral suisse renvoie, en principe, aux règles de l'assignation, en ajoutant (art. 417) que la lettre n'est censée acceptée, dans le sens de l'art. 409 qui établit les effets de l'acceptation d'une assignation, que si l'acceptation énonce une somme déterminée. Quant à la substance des relations juridiques que la lettre fait naître, le code a une règle, l'art. 416 (3), qui veut que le correspondant soit prudent,

(1) Notamment, code du Chili (1865) artt. 782—794.

(2) Exposé des motifs, adressé aux Cortes, p. CXXXIV.

(3) Pour l'histoire de la disposition, Schneider-Fick, ad art. nº. 1.

si la lettre est illimitée et si le touriste (crédité) fait des demandes exagérées.

Dans le droit français, allemand, américain, etc. il n'y a pas de réglementation légale. Les lettres de crédit sont aussi fréquentes dans les pays en question qu'ailleurs. Il ne semble pas que le silence des lois soit une cause de difficultés (1).

C. **Application du droit.**

Les difficultés que la matière présente proviennent moins du silence des lois que de certaines de leurs dispositions.

Le banquier et le touriste seront la plupart du temps domiciliés dans le même pays, ce qui rendra leur relation locale; s'ils étaient établis dans des pays différents, il faudrait qu'il y eût quelque particularité, et cette particularité pourrait servir à déterminer le droit applicable.

Mais le banquier et son correspondant seront rarement établis dans le même pays; la lettre de crédit a surtout son utilité pour les voyages lointains. La relation juridique sera presque toujours internationale. Mais, sur la base d'un droit commun international, le silence des lois ne sera pas bien embarrassant. Le correspondant sera obligé de prendre les précautions qu'un homme de sa profession ne peut négliger sans faute. Le banquier sera obligé dans la mesure de la confiance que son fait a dû raisonnablement inspirer au correspondant. Toutefois, les lois qui parlent veulent être obéies. Ainsi le juge suisse est lié par le renvoi que la loi de son pays fait aux principes de l'assignation, notamment par l'art. 412 de la loi fédérale; je pense cependant que l'acceptation

---

(1) Lyon Caen et Renault, op. cit. IV no. 736. Cosack, *L. d. Handelsrechts* § 59. Daniel, op. cit. § 1790.

de la part du correspondant sera rare. Cosack (1) dit que pour le droit allemand, la lettre de crédit sera régie par les dispositions ordinaires sur l'assignation, mais il laisse un champ d'action considérable aux usages commerciaux. Le juge espagnol, de son côté, est lié par l'art. 572 du code de commerce de son pays, qui a même prévu le cas d'un correspondant domicilié hors d'Europe. En fait, l'application du droit ne présentera pas une grande régularité, mais si personnellement je préfère le silence de la loi au renvoi à l'assignation, je pense qu'il sera difficile d'obtenir une législation uniforme sur la base du silence. J'aurai l'occasion de revenir plus tard sur l'assignation, dans la matière des titres de circulation.

§ 21. *Compte-courant.*

A. Examen général.

La matière est pleine de difficultés déjà dans les droits nationaux ; ces difficultés sont élevées au carré dans le droit international. Elles tiennent au fait que le compte-courant, comme la lettre de change, s'est formé par les usages du commerce, plutôt en considération des facilités économiques et professionnelles qu'il présente, qu'en vue de résultats juridiques à atteindre. Les hommes pratiques s'en servent comme si c'était une chose toute simple. Les jurisconsultes ont trouvé le contrat tout formé, il se sont efforcés de l'expliquer avec l'antique matériel juridique, la novation, la compensation, la

(1) loc. cit. § 59 IX.

recognition de dette et la „condictio indebiti", ce qui a donné lieu à des controverses sans nombre. Les difficultés ne sont guère moindres dans les législations qui ont donné quelques règles, que dans celles qui sont muettes ou à peu près.

Dans le droit comparé, on retrouve toutes ces controverses.

Quand, après avoir lu la monographie de mon compatriote Levy (1), qui pousse si loin l'esprit d'analyse, ou bien les travaux de Grünhut (2) ou de Vivante, (3) on passe à ceux de Lyon Caen et Renault (4) ou d'Addison (5), on croit être dans un autre monde. Faut-il distinguer un compte-courant latin d'un compte-courant germain ou anglo-saxon, comme semble le vouloir un autre de mes compatriotes Wttewaall (6), qui lui-même a fait une étude spéciale du compte-courant „néerlandais"? Je ne le pense pas. Il vaut mieux que chaque nation apporte son tribut à l'œuvre commune, l'Angleterre son esprit pratique, la France sa faculté d'analyse, l'Allemagne sa puissance de logique, et ma patrie, s'il m'est permis de lui donner une qualité, son sens commercial. Cette œuvre commune se fera.

B. **Quelques points saillants de comparaison.**

Il y a des législations qui gardent un silence plus ou moins prudent. Ainsi, notre loi néerlandaise ne fait que mentionner le compte-courant dans l'art. 243 du code de comm., article emprunté à l'ancien art. 584 du code de comm. français. En France, ce dernier article a été remplacé par l'art. 574 du code nouveau

(1) *Rekening-courant*, Amsterdam 1873.
(2) Manuel d'Endemann III, § 435, 436.
(3) *Trattato di diritto commerciale*, (2a ediz.) IV, cap. V, § 70.
(4) Op. cit. IV, no. 784 et suiv.
(5) Op. cit. Livre III, chap. I, sect. III.
(6) *De Ned. Rekening-courant*, Inleiding.

(loi du 28 Mai 1838). L'art. 575 du code de commerce français parle d'un prix de marchandises, compensé en compte-courant. Ce ne sont là que des lueurs. Aussi les auteurs, chez nous comme en France, s'efforcent-ils de tirer d'une saine interprétation du contrat et des usages commerciaux — si le contrat lui-même est commercial, ce qui est controversable — les règles applicables. Il n'y a qu'un point qui semble hors de tout doute sérieux, c'est que les parties ont voulu établir une relation continue, qui forme une unité de tous les postes actifs et passifs de leurs comptes respectifs, de manière à ne laisser subsister, à l'époque de la clôture du compte-courant, qu'une seule créance, égale au solde actif, s'il y en a un, en faveur de celui qui a ce solde. Quant au reste, notamment la transmission de la propriété de remises, la novation et ses effets, la compensation immédiate ou différée jusqu'à la clôture, le calcul des intérêts et celui des intérêts des intérêts, l'envoi et l'approbation du compte, la restitution contre les conséquences de l'approbation faite avec ou sans réserve, tout est raisonnement, et aussi matière à controverse, à moins qu'il n'y ait un texte, et encore cela ne suffit pas toujours.

En Suisse, le code fédéral a seulement une règle sur l'anatocisme (art. 335) et une disposition, qui réserve en matière de compensation les usages du compte-courant commercial. Mais une grande catégorie de législations, dont le code de comm. chilien (artt. 602—619) est le type pour l'Amérique latine et le code de comm. italien (artt. 345—348) pour l'Europe, ont tenté de donner un règlement plus ou moins complet du compte-courant. Le code italien indique expressément une série d'effets, série numérotée de 1 à 3 dans l'art. 345, et dans laquelle le numéro 1 en réalité est double. Ce sont 1°. la translation de la propriété, ainsi que la novation

dans les rapports entre parties, sauf la condition bien connue „salvo incasso" qui se présume ; 2°. la compensation réciproque à la clôture du compte ; et 3°. le cours des intérêts. Je résume ; à bon entendeur demi-mot suffit. Le code italien règle encore plusieurs autres points, l'époque de la clôture, le droit de dénoncer la relation, les effets de la faillite, de la mort, etc. D'après l'art. 6 du code, le compte-courant n'est pas un acte de commerce pour les personnes non commerçantes, à moins qu'il n'ait une cause commerciale. Le code italien (1) ne règle pas les effets de l'approbation du compte. VIVANTE et MARGHIERI se réfèrent tous deux à l'art. 327 du code de procédure civile italien (2).

Le code de commerce allemand primitif n'avait donné, dans son art. 291, auquel on peut ajouter l'art. 294, que quelques règles sur le compte-courant. Bien des questions étaient abandonnées à la doctrine et à la jurisprudence de la Cour supérieure commerciale et de la Cour de l'Empire. Le code revisé a apporté dans la matière des changements considérables, qui ont presque le caractère d'une révolution et que l'exposé des motifs explique par les exigences de la vie active (3). Il faudra que la science, aidée de la pratique, examine avec soin quelles brèches la loi nouvelle fait dans les systèmes. La loi donne une description du contrat (§ 355) qui ne fait pas mention d'un crédit réciproque. On sait qu'un très grand nombre d'auteurs considèrent la réciprocité dans le crédit comme appartenant à l'essence d'un véritable compte-courant. Le § suivant repousse une conséquence que la juris-

---

(1) Code chilien, art. 613 j°. 619.

(2) VIVANTE, op. cit., note 49. MARGHIERI, *Manuale* n°. 697. LYON CAEN et RENAULT (IV n°. 850) invoquent, dans le même esprit l'art. 541 du code de proc. franç. Conf. LEVY, *Het A. D. H. W. vergeleken*, ad art. 291.

(3) *Denkschrift*, p. 95.

prudence attachait auparavant à l'approbation du solde, en ce qui concerne les sûretés et les codébiteurs solidaires, et le § 357 parle de la saisie opérée sur le solde, et du droit de porter au débit du compte les sommes qui se rapportent à des opérations, postérieures à la saisie, mais dérivant d'un droit ou d'une obligation nés antérieurement. Le § 782 du code civil allemand fait mention d'une promesse ou d'une reconnaissance de dette, qui sont le résultat d'un compte.

C. **Application du droit.**

Lorsque les deux correspondants sont domiciliés dans le même pays, ou lorsqu'ils y exercent tous deux la profession qui donne lieu au compte-courant, la relation juridique appartient à la sphère locale de la vie active de ce pays. Le juge appliquera son propre droit national si ce pays est le sien, et pour le cas où il aurait juridiction et compétence dans un procès, qui se rapporte à un compte-courant formé entre deux personnes établies dans un même pays étranger, il appliquera le droit de ce pays étranger. Il peut avoir à résoudre alors des controverses de droit étranger, ce qui n'est pas chose aisée. L'application d'un droit déterminé n'exclut pas l'interprétation de la convention, d'après les circonstances ; ainsi la nationalité commune des parties pourrait conduire à la conclusion que les parties ont entendu déterminer l'époque de la clôture du compte d'après leur loi nationale commune.

Mais le compte-courant, sans être aussi international que la lettre de crédit, se présentera fréquemment sous la face internationale. Les banques surtout ont des correspondants à peu près partout. On peut dire aussi que presque jamais il n'y aura une convention explicite ou visant expressément une loi. Aucune loi, d'ailleurs, ne mérite cet honneur. Le

juge peut se trouver en présence d'un compte-courant formé entre deux correspondants, qui sont établis dans des pays régis par un droit différent, et il peut avoir à se demander quelle loi ou quel droit dominera le contrat.

L'application de la loi du lieu, où le contrat s'est formé, ne me paraît pas du tout une exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle. Nulle part peut-être le caractère mécanique du système qui conduit à ce résultat ne se montre plus clairement qu'ici. VIVANTE (1) se prononce pour l'application de cette loi, mais il le fait sur la base de l'art. 9 des dispositions générales du code civil italien et de l'art. 58 du code de commerce italien. En tant que le juge italien se considère comme lié par ces articles, il n'y a rien à dire. La difficulté de déterminer le lieu où un contrat se forme est aussi plus grande ici qu'ailleurs, le contrat s'établit le plus souvent tacitement. Le lieu où le contrat doit être executé, lieu qui n'est pas non plus facile à désigner, ne peut aussi servir de base à une application du droit, que si l'on suppose a priori que l'autorité de la loi de ce lieu est commandée par un système.

Ici encore, j'arrive à la conclusion qu'il faut partir de l'idée que la force obligatoire du contrat dépend du droit commun international, et que l'étendue des obligations qui en naissent est une matière d'interprétation. La nationalité commune des parties, le fait que l'une des parties est banquier de profession et que l'autre a uniquement ou surtout pour but de profiter d'un crédit que le banquier lui a ouvert, et d'autres circonstances encore, pourront conduire à la conclusion qu'il y a accord entre les parties pour un règlement

---

(1) Op. cit., IV, n°. 1740, note 45.

qui correspond à celui qu'on trouve dans une loi. En ce sens, je reconnais la grande part de vérité du principe d'autonomie, appliqué ici, conformément à son système général, par DIENA (1). Mais, et c'est là encore une chose que l'on comprend mieux ici qu'ailleurs, il n'y a aucune nécessité de dire que le juge doit chercher jusqu'à ce qu'il trouve une loi voulue par les parties, ou qu'il doit, en désespoir de cause, suivre la lex loci *contractus*, *executionis* ou *fori*. L'étendue des obligations des parties peut-être déterminée, sans passer par une loi, par la seule interprétation de ce que les parties ont dû raisonnablement avoir compris toutes deux, d'après la nature et le but professionnel du compte-courant. En somme l'auteur qui expose le droit d'un pays où la loi est muette, ou le juge qui applique le droit de ce pays, ne font pas autre chose. Est-ce si terrible ?

Si cela était fort dangereux pour la vie active internationale, ce serait à une loi uniforme qu'il faudrait recourir. Mais le danger n'est pas grand, à mon avis. J'ajoute que malgré le grand nombre des travaux sur la matière, le fruit n'est pas mûr et qu'il sera bien difficile de s'entendre.

(1) Op. cit., II, n°. 124.

4ième SECTION.

CHANCE.

§ 22. *Subdivision.*

Si le crédit, comme objet d'un contrat, est de la confiance matérialisée, la chance est de l'espérance matérialisée. L'espérance est un sentiment, mais lorsqu'un droit à une prestation repose sur un calcul empirique ou scientifique de probabilités, l'espérance devient en quelque sorte matière, elle peut être appréciée, mise en valeur et faire l'objet de contrats.

Il y a un élément chanceux dans un très grand nombre de contrats, l'achat commercial, le bail partiaire, la société commerciale, et d'autres encore. Mais dans ces contrats ce n'est pas la chance qui domine. Lorsque la chance est réellement prédominante et que l'on peut considérer les contrats comme ayant pour objet la mise en valeur de la chance, on peut parler de contrats aléatoires. Cela n'a pas grand intérêt parce qu'il n'y a pas de principes généraux, communs à tous les contrats aléatoires. Aussi n'ai-je pas l'intention de traiter des contrats aléatoires en général mais seulement de certains contrats, qui sont véritablement dominés par l'idée de chance.

Les contrats que je vais examiner sont :

1°. le jeu et le pari, moins en eux-mêmes que comme base des dispositions légales sur les jeux de bourse;

2°. la rente viagère contractuelle à titre onéreux;

3°. le prêt à la grosse.

Je ne traite pas ici de l'assurance. Cette institution me paraît dominée par l'idée d'association, et non par celle de chance. Mais il y a bien des divergences d'opinion (1). Pour ne pas faire violence, sans nécessité, à des opinions très répandues, je ferai un groupe spécial des contrats d'assurance.

Quant à la loterie, dont le code suisse et le code allemand font mention dans le titre consacré au jeu et au pari, il vaut mieux la traiter dans la matière des papiers de circulation et de placement, dont les billets de loterie ou les valeurs à lots font partie. Celui qui exploite une loterie ou qui émet des valeurs à lots ne court généralement pas de chances de gain ou de perte, ce sont les porteurs de billets qui jouent les uns contre les autres, sans qu'il y ait un contrat entre eux.

---

§ 23. *Le jeu et le pari, particulièrement les jeux de bourse.*

A. **Examen général.**

Dans un ouvrage de droit international, il n'y a pas lieu de tenter de définir et de distinguer le jeu et le pari. Il n'y a pas même intérêt à comparer longuement entre elles les dispositions légales sur le jeu et le pari en général. D'abord parce qu'elles diffèrent assez peu. Très généralement, les lois refusent l'action en repoussant la répétition de ce qui a été volontairement payé. Certaines lois parlent spécialement des jeux d'adresse (c. c. français, art. 1966), de la novation (c. c. néerl. art. 1827), des avances ou prêts faits sciemment en

(1) Code c. espagnol, artt. 1791—1797.

vue d'un jeu ou d'un pari (loi suisse, art. 512), de l'acte abstrait de reconnaissance de dette (c. c. allemand § 762), mais le silence que d'autres lois gardent sur ces points ne prouve pas qu'elles imposent une autre décision. Mais surtout le jeu et le pari, considérés en eux-mêmes, ne se présenteront que rarement dans la vie active internationale, ils seront presque toujours localisés. Il en est autrement des jeux, — des paris, si l'on veut, — qui se font à la bourse. Les différences entre les lois sont notables, et les lois prohibitives locales poussent justement les joueurs à faire des opérations dans un pays étranger, où la loi est moins sévère.

La matière des jeux de bourse est délicate. Quand même on serait d'accord sur le caractère immoral des jeux de bourse et sur le danger public qu'ils présentent, on peut encore discuter le point de savoir si le refus de l'action est le bon moyen de refréner les abus. Le joueur, qui sait qu'en cas de perte il peut se dispenser de payer, est plutôt encouragé dans sa passion. En refusant de payer, après avoir joué et perdu, il ne rétablit pas l'ordre moral, mais il commet une nouvelle action indélicate. Puis, il est bien difficile souvent de distinguer un jeu de bourse d'un achat spéculatif à terme, qui est en somme un contrat nommé ordinaire ; les parties se garderont bien de dire qu'elles n'ont pas l'intention de payer le prix ou de livrer la chose, mais seulement de faire un calcul sur la hausse ou la baisse. Faut-il alors pénétrer par la voie du raisonnement dans l'esprit des parties, et induire des circonstances, de leur profession, de l'importance de l'achat, par exemple, qu'elles ont entendu jouer sur le cours? Enfin, le joueur peut se servir d'un mandataire, d'un commissionnaire ou agent. Faut-il alors attacher la même réprobation au mandat ?

Toutes ces raisons expliquent pourquoi un certain nombre de lois ont accordé l'action en justice pour les opérations de bourse. Elles démontrent aussi que les nations, qui n'ont pas voulu agir ainsi, auraient mauvaise grâce à accuser les autres d'immoralité.

B. **Législations sur les jeux de bourse.**

Elles présentent à peu près autant de variétés qu'il y a de pays.

Dans les pays où, comme le nôtre, la loi n'a rien dit de spécial, la question demeure dans le domaine de la jurisprudence. Cette dernière montre aussi des divergences, mais elle a souvent tiré de l'intention des parties, déduite des circonstances, des conclusions défavorables au demandeur. La Société néerlandaise des Juristes s'est occupée de la question en 1903. Après avoir entendu des rapports sérieux et documentés, elle s'est décidée, à la majorité, pour l'abolition complète de l'exception de jeu, ce qui l'a dispensée de voter sur les résolutions spéciales aux jeux de bourse.

En Angleterre, la législation statutaire (1) est défavorable au demandeur, en cas de jeu bien caractérisé, mais les textes doivent être élucidés par la jurisprudence, exposée avec soin par WITTMAACK (2). Le juge anglais ne se laisse pas entraîner facilement à admettre une intention secrète des parties, dans les affaires de bourse.

Le code fédéral suisse, dans son art. 512, refuse l'action en justice aux marchés à terme sur marchandises ou valeurs

---

(1) 8 et 9, Vict. C. 109, S. 18; 55 et 56. Vict. C. 9.

(2) *Zeitschrift f. d. G. H.*, 1902 (LI) p. 83 sqq., particulièrement p. 122 sqq. ADDISON, op. cit., p. 1156 sqq.

de bourse, et aux contrats sur les différences du cours, si ces marchés ou contrats présentent les caractères du jeu ou du pari (1). C'est au juge qu'il appartient encore de déterminer si ces caractères existent.

En France, la loi du 28 Mars 1885 a établi la légalité de tous marchés à terme sur effets publics et autres, et de tous marchés à livrer sur denrées et autres marchandises, en excluant l'application de l'art. 1965 du code civil, lors même qu'ils se *résoudraient* par le payement de simples différences. Je ne m'occupe ni de l'interprétation, qui a soulevé des doutes (2) ni des moyens détournés par lesquels les spéculateurs essaient encore de faire annuler les opérations faites par des intermédiaires autres que les agents de change. Ces particularités n'auront de l'influence qu'après qu'il aura été reconnu que le droit français est applicable à une relation juridique.

En Autriche, une disposition spéciale de la loi du 1 Avril 1875 (§ 13), revisée par la loi du 4 Janvier 1903, exclut l'exception de jeu pour les affaires faites à la Bourse. En Italie, une loi du 13 Sept. 1876, sur les contrats à terme, dit que les contrats de ce genre, stipulés *dans la forme légale* (3), produiront action en justice, même s'ils ont pour objet le seul paiement de différences.

---

(1) Pour le droit cantonal antérieur au code, conf. un arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 2 Mars 1891, Journal de Clunet, 1892 p. 303.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, 983.

(3) Marghieri, op. cit., § 92. Diena, *De la validité des jeux de bourse dans les rapports internationaux*, dans le Journal de Clunet, 1896, p. 66, et les arrêts de la Cour de cassation de Rome du 19 Avril 1890 et de celle de Turin du 4 Mai 1892, cités pp. 73 et 75. La question de droit fiscal italien, soulevée par Diena, est trop locale pour que je la développe dans ce travail. L'auteur la traite d'ailleurs avec une pleine autorité. Wahl, *Les jeux de bourse en droit international*, ibid. 1898, p. 234. Voir aussi ibid. 1899, p. 336 sqq.

En Allemagne, la législation est passablement compliquée. Elle ne s'est pas faite sans tiraillements. Le § 764 du code civil a été inséré dans la loi, sur la proposition de la Commission du Reichstag; il ne se trouvait ni dans le premier projet, ni dans le second (1). Ce § se prononce pour l'exception de jeu; son texte suppose, impose même, une recherche de l'intention intime des parties. Il faut combiner ce § avec les dispositions de la loi du 22 Juin 1896 sur la Bourse, §§ 48—69, qui s'occupent des marchés à terme. Une réglementation minutieuse détermine dans quelles branches ces marchés sont admis, quelles personnes y peuvent prendre part et sous quelles conditions. Le § 68 dit formellement que la disposition (§ 66) qui frappe d'inefficacité relative diverses conventions, faites par des personnes non autorisées ou dans une branche exclue, s'applique aux conventions faites à l'étranger ou qui doivent y être exécutées, en ajoutant toutefois que l'inscription au registre de la Bourse n'est pas nécessaire pour les personnes qui n'ont en Allemagne ni domicile, ni établissement professionnel (2).

C. **Application du droit.**

La question internationale, qui va nous occuper, possède une littérature spéciale et a donné lieu à des décisions judiciaires nombreuses, ce qui se comprend parfaitement quand on songe qu'un joueur, qui ne peut pas jouer dans son pays, va jouer ailleurs. Ce qui domine la question internationale, c'est le caractère de prohibition morale que les lois possèdent souvent. L'ordre public est engagé, dit-on. Cette considération de moralité et d'intérêt social conduit un grand nombre de

(1) Motifs 2, p. 647. Kühlenbeck, *Das B. G. B.*, ad § 764.

(2) Reichsgericht, 7 Février 1899. Oberlandesgericht Hamburg, 31 Jan. 1898. Zeitschrift de Böhm-Niemeyer 1899, p. 317 et s.

bons auteurs à dire que le juge, qui trouve dans la loi de son pays une disposition prohibitive, appliquera toujours la loi de son pays, sans tenir aucun compte des lois étrangères. C'est l'opinion de von Bar (1), de Wahl (2), qui cite une longue liste de décisions judiciaires dans cet esprit et une seule décision en sens opposé. Je crois qu'il y a là une exagération, qu'on peut éviter en examinant la relation juridique du jeu de bourse sous ses diverses faces. D'un autre côté, je ne voudrais pas non plus, avec Brocher (3), attacher une autorité trop grande à la loi du lieu où l'opération est intervenue. Sous ce rapport aussi la distinction des faces de la relation juridique peut servir.

Pour déterminer quand une opération de bourse sera locale, il faut tenir compte à la fois du domicile — éventuellement de l'établissement professionnel — des personnes et de la bourse ou du marché où l'opération s'est conclue. Ces éléments tiennent tous deux au but social des lois. Lorsque deux personnes domiciliées dans son pays auront fait une opération à une bourse ou sur un marché de ce même pays, le juge appliquera la loi de son pays. La nationalité des parties, leur volonté, expresse même, sera sans influence. Le juge suivra la conception morale que la loi de son pays impose à la vie active locale.

Si ces mêmes éléments sont attachés à un pays étranger déterminé, le juge appliquera la loi de ce pays, soit qu'elle refuse l'action, soit qu'elle la donne. J'ose m'écarter ici de l'opinion générale. La relation juridique locale-étrangère, telle que je la conçois ici, produit des droits acquis. Le juge ne

(1) Op. cit., II, p. 38 note 7[a].
(2) Journal de Clunet 1898, p. 244.
(3) Op. cit., II, p. 266.

peut repousser la loi étrangère, en tant qu'il s'agit d'une relation locale-étrangère, qu'en vertu de la morale universelle, de l'ordre public de l'humanité. Or, ici ni cette morale, ni cet ordre public ne sont en jeu. La passion effrénée du jeu de bourse est immorale, mais la morale n'exige pas qu'on favorise le perdant par une exception. Une disposition de cette dernière sorte est locale et non pas universelle.

J'arrive maintenant à l'opération internationale, conclue entre personnes qui habitent des pays différents, ou entre des personnes qui habitent le même pays, mais à une bourse ou sur un marché étrangers. Ici il faut tenir compte, jusqu'à un certain point, de la loi du pays où l'action, disons pour simplifier l'action du gagnant, est intentée. Cette loi ne rendra pas l'opération civilement obligatoire, si elle a été faite sur un marché ou à une bourse, qui se trouvent dans un pays dont la loi frappe l'opération de réprobation. L'opération faite sur un marché ou à une bourse pénètre dans la vie active locale, de telle sorte que les exigences juridiques de la société universelle renvoient à la loi locale. Mais, pour la relation juridique internationale, ce renvoi à une loi locale n'a pas la même force que s'il s'agissait d'une relation locale-étrangère. La loi du marché ne pourra pas rendre l'opération civilement obligatoire, si les personnes, en jouant dans un marché étranger, ont contrevenu à la loi de leur domicile, et si c'est devant le juge de leur domicile que l'action est intentée. Un Etat, qui croit devoir formuler une disposition prohibitive pour refréner un abus, ne peut rester passif, lorsque les personnes domiciliées dans son pays éludent sa défense en allant jouer à l'étranger. En ce sens le caractère d'ordre public local des lois se fera sentir. C'est ainsi que je m'explique plusieurs décisions judiciaires qui en apparence suivent un principe

absolu (1). La disposition de la loi allemande sur la bourse, citée plus haut (§ 68), est dans le même esprit.

Si ce résultat n'est pas pleinement satisfaisant, il faut s'en prendre à l'état du droit. Des lois, aussi discordantes que les lois actuelles sur la matière, se prêtent mal à une symphonie universelle. Quant cela est, le droit international doit le dire. Il prépare ainsi une entente future.

§ 24. *La rente viagère à titre onéreux.*

A. **Examen général.**

La rente viagère à titre onéreux appartient à la série des ancêtres de l'assurance sur la vie. Aujourd'hui, elle est devenue une annexe des opérations des compagnies d'assurances, et elle s'établit alors sur des bases scientifiques. La rente viagère à titre gratuit a conservé sa place dans le droit des successions et des donations ; elle forme un excellent moyen de pourvoir à l'entretien d'une personne, sans dépouiller les héritiers naturels, et sans qu'il soit nécessaire de désigner des biens comme dans le cas d'un usufruit. Ce qui reste de notre matière après qu'on a élagué l'assurance sur la vie, la donation et le droit héréditaire, est peu de chose. Le contrat de rente viagère, conclu entre deux particuliers comme contrat isolé, n'est pas fréquent, et dans la vie active internationale il n'a guère d'importance. Je n'en parlerai qu'en passant ici, la donation et l'assurance sur la vie viendront plus tard à l'ordre du jour, et le droit des successions sort du cadre du travail actuel.

(1) Cour de cassation de Rome, 31 Déc. 1896. Journal de Clunet, 1899, p. 413.

B. **Quelques points saillants de comparaison.**

Il y a peu de différences saillantes. Je me contenterai de comparer le code civil français au code civil allemand. Dans le droit anglais, la rente viagère s'est développée spécialement comme une rente payable sur les revenus d'une terre, mais alors elle a un caractère foncier, qui la localise entièrement au point de vue du juge anglais, et qui fait qu'un juge étranger n'aura guère à s'en occuper (1).

Les dispositions du code civil français sur la rente viagère sont nombreuses, mais la plupart sont simplement permissives. Abstraction faite de l'art. 1975, qui est un peu étrange par sa casuistique (2), les artt. 1978, 1980 et 1981 sont seuls saillants. Le premier refuse, dans les cas qu'il suppose, particulièrement dans celui de défaut de paiement des arrérages, la résolution du contrat ; le deuxième fait acquérir la rente jour par jour, sauf pour les termes payés d'avance, et le troisième défend de déclarer insaisissable la rente à titre onéreux.

Le droit allemand est plus simple. Les §§ 759 et 760 du code civil sont explicatifs. Le premier dit que la rente repose, en cas de doute, sur la tête du créancier et que le chiffre indiqué, en cas de doute aussi, est celui d'une rente annuelle ; le second règle le mode de paiement, à défaut de dispositions dans le titre. D'après le § 761, le contrat, même s'il est à titre onéreux, doit être rédigé par écrit. L'art. 96 de la loi sur l'entrée en vigueur du code civil a maintenu les dispositions législatives des Etats particuliers allemands sur la cession

---

(1) Addison, op. cit., p. 621 sqq. 1122.

(2) Laurent, *Principes* XXVII, n°. 281. Rolin, op. cit., III. 402. La législation néerlandaise et la législation italienne n'ont pas reproduit cet article.

d'un fonds de terre avec constitution de rente, en tant qu'elles règlent les suites obligatoires d'un contrat, pour le cas où le contrat ne les aurait pas réglées (1). Ces lois particulières, dans la pensée du législateur, s'appliquent naturellement d'après la situation des fonds.

C. **Application du droit.**

Le contrat constitutif de rente viagère à titre onéreux sera local-national ou local-étranger, s'il se conclut entre personnes habitant le même pays. La loi nationale ou la loi étrangère sera alors appliquée. Si la rente est annexée à un contrat de cession d'un fonds de terre, l'interprétation raisonnable du contrat, — à défaut de texte qui l'ordonne – pourra conduire à l'application des dispositions de la lex loci rei sitæ, même pour le cas où les personnes habiteraient des pays différents, cas très problématique d'ailleurs. Les contrats de ce genre se forment la plupart des temps entre voisins immédiats.

Le contrat de rente viagère, conclu entre personnes domiciliées dans des pays différents, mériterait un long examen, s'il n'était pas pour ainsi dire hypothétique. Je ne vois aucune exigence de la vie active universelle renvoyant pour tous les cas à une loi déterminée. Dire que le contrat sera régi par la loi du lieu où il a été conclu, par la loi nationale ou domiciliaire des parties ou de l'une d'elles, c'est trancher la question arbitrairement. Pour moi la force obligatoire du contrat, abstraction faite de la capacité, de la forme et de la preuve, dérive du droit commun international, et sa substance doit être déterminée par interprétation, selon les circonstances. Si cette interprétation conduit le juge à une loi que les parties ont eu en vue, cette loi indiquera la

(1) Kühlenbeck, *Das Einführungsgesetz*, ad art. 96.

substance du contrat ; si l'interprétation ne conduit pas une loi, le juge déterminera la substance du contrat par le contenu du contrat, comme il le ferait pour tout autre contrat licite, qu'aucune loi n'aurait réglé.

---

§ 25. *Le prêt à la grosse.*

A. **Examen général.**

Le prêt à la grosse est aujourd'hui loin d'avoir l'importance qui correspond à l'antiquité de sa noblesse. Il a été le précurseur de l'assurance maritime. On lui attribue une part dans la paternité de la lettre de change. Au temps où le prêt à intérêt était défendu, il a formé le placement avantageux par excellence. Pour le navire, désemparé par la tempête, et jeté dans un port de refuge, il a été parfois le seul moyen d'obtenir les fonds nécessaires aux réparations. Mais de nos jours, l'assurance, la lettre de change et la liberté du prêt commercial à intérêt l'ont détrôné, et le télégraphe sous-marin lui a porté le dernier coup.

Il y a dans les législations sur la matière une idée commune, c'est que le prêteur court une chance, qui domine le contrat. Une conséquence logique de cette même idée est que l'emprunteur ne peut influencer volontairement cette chance. Cette conséquence entraîne une comparaison entre l'antique prêt à la grosse et l'assurance maritime plus récente et plus longuement réglée, ainsi que des controverses sur la question de savoir si ce que la loi dit de l'assurance — la disposition sur la réticence, par exemple — s'applique par analogie au prêt à la grosse.

Mais s'il y a une idée commune au fond de toutes les lois, il y a des différences fort grandes. Le prêteur court non seulement les dangers de la mer, mais aussi ceux de l'incertitude du droit. Ces derniers sont un peu hypothétiques, à cause de la décadence de l'institution. Je ne prendrai que les points de comparaison les plus saillants.

B. **Points de comparaison les plus saillants.**

a. *le privilège du prêteur.*

Le prêt à la grosse n'est pas un prêt ordinaire ; il y a des objets spécialement engagés, dans un double sens. D'abord, parce que le prêteur court le risque de perte de ces objets. Ensuite parce qu'il a un privilége sur ces objets. Le contrat de prêt à la grosse ne crée pas seulement des obligations, mais un droit attaché à une chose et emportant privilège. Cette dernière circonstance sert de base à beaucoup de dispositions légales.

En premier lieu les lois déterminent quels objets on peut engager. Le code de commerce néerlandais les énumère (art. 574), il défend de prêter aux marins sur leurs salaires et de prêter sur le fret ou le bénéfice espéré isolément, ou uniquement sur ces deux objets réunis (artt. 577, 578). La loi française du 10 Juillet 1885 autorise le prêt sur ces deux derniers objets ; elle ne permet pas de prêter aux matelots ou gens de mer sur leurs loyers, bien que cette même loi ait permis d'assurer ces loyers. Le code de commerce allemand (art. 681 ancien, § 680 nouveau) a une réglementation divergente, il précise les cas dans lesquels la cargaison peut être engagée et les conditions sous lesquelles on peut lier le fret (1).

(1) SCHRÖDER, dans le Manuel d'ENDEMANN, IV, p. 250.

Le droit anglais a aussi ses particularités, tant pour la „bottomry" proprement dite, que pour l'engagement de la seule cargaison, par le contrat dit „respondentia" (1).

Puis vient la question de savoir pour quels prêts on peut engager ces objets. Notre droit maritime néerlandais connaît encore le prêt à la grosse fait avant le voyage ; il fait quelques différences entre ce prêt et celui qui se conclut par nécessité en cours de voyage (artt. 313, 581, 589 c. d. com.). Les lois concordantes de la Suède, de la Norvège et du Danemark ne connaissent que le prêt de nécessité (2). Il en est de même du droit belge (loi du 21 Août 1879, art. 156). Les lois françaises du 10 Décembre 1874 et du 10 Juillet 1885 ont supprimé le privilège du prêt à la grosse fait avant le départ ; il y a encore une controverse sur des points de détail (3). En Allemagne, le nouveau code n'a pas reproduit l'art. 701 du code ancien, qui abandonnait la „bomerie" faite avant le départ, aux lois particulières des Etats allemands (4).

Les lois ont encore des formalités nombreuses, que je considère comme connues. Ces formalités sont même établies, par le moyen des consuls, pour l'engagement de navires nationaux se trouvant en pays étranger. Elles constituent une tentative de publicité plus ou moins internationale. La mesure la plus efficace est encore l'inscription sur l'acte de nationalité du navire, prescrite entre autres par le code de commerce italien (art. 591).

Un privilège est toujours quelque chose de relatif. Le

---

(1) Foard, *A treatise on the law of merchant shipping and freight*, p. 206 sqq. Pritchard, *Digest*. V°. bottomry, n°. 299. Maclachlan, *A treatise on the law of merchant shipping* (4e édit. p. 53).

(2) Art. 174.

(3) Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, n°. 1518 note 2.

(4) Denkschrift, pag. 136.

prêteur peut se trouver en face d'autres créanciers, privilégiés aussi sur les mêmes objets. Lorsque plusieurs prêts à la grosse ont été faits successivement dans des ports différents, il est de droit commun que le prêt postérieur est préféré au prêt antérieur dont il conserve le gage (1). Mais sauf ce point, les législations maritimes ont des dispositions divergentes sur l'ordre des créances priviligiées. Le prêteur à la grosse est placé généralement dans la classe moyenne ; il n'est ni le premier, ni le dernier. Je crois inutile d'insister sur les variétés des lois, quant au rang.

b. *les pouvoirs du capitaine.*

Lorsque le capitaine emprunte, particulièrement en cours de voyage, en engageant des objets qui ne lui appartiennent pas, il y a toujours là un fait extraordinaire que la nécessité urgente peut seule justifier. Les lois ont des dispositions divergentes sur les mesures destinées à constater qu'il y a nécessité urgente, et souvent elles donnent lieu à controverse, parce qu'elles ne disent pas en propres termes si ces mesures servent seulement à justifier le capitaine à l'égard des propriétaires, ou si elles sont aussi nécessaires pour donner au prêteur le droit d'exiger des propriétaires le remboursement de l'emprunt, avec ou sans privilège. Il peut y avoir doute aussi sur la question de savoir si la preuve contraire est admise contre les autorisations administratives et les procès-verbaux.

Ainsi, le code de comm. néerlandais a réglé, dans les artt. 371 et 372, les pouvoirs du capitaine, en prescrivant, dans ce dernier article, un procès-verbal signé des principaux de

(1 C. d. comm. néerl., art. 581 ; français, art. 323 ; italien, art. 669 etc., MACLACHLAN, op. cit., p. 64.

l'équipage et une autorisation du consul, ou à son défaut, d'un magistrat local. L'art. 579 dit encore que le prêt à la grosse, fait à l'étranger sans les formalités de l'art. 372, ne donne droit à un privilège que pour la part de propriété du capitaine. La loi ne parle pas d'une preuve à faire contre les certificats, et la question de savoir si le propriétaire est lié comme emprunteur par représentant, lorsque le capitaine n'a pas rempli les formalités légales, constitue une controverse antique et célèbre. En France, des difficultés analogues résultent des artt. 232, 234 et 321 du c. d. comm., et des lois sur l'hypothèque maritime (1). Le code de commerce allemand, dans son § 680, détermine quand l'emprunt est fait dans les conditions légales. Son § 685 a aussi des formalités administratives et hiérarchiques, mais il admet la preuve contraire. Le § 528, al. 2, constate qu'à l'égard des tiers de bonne foi, la validité du contrat ne dépend pas de conditions subjectives (2), notamment l'opportunité du choix fait par le capitaine entre plusieurs moyens de se procurer des ressources, ou l'existence d'autres moyens que celui que le capitaine a employé. Peu importe aussi, à l'égard des tiers de bonne foi, que le capitaine ait employé ou non, conformément au but de l'emprunt, les sommes avancées. Le droit anglais aussi n'impose au prêteur qu'une diligence objective (3).

c. *obligations produites par le contrat.*

Il y a sous ce rapport des différences assez notables.

Le code de comm. néerlandais, art. 586, ne permet pas d'exiger la prime lorsque la chose engagée n'a couru

---

(1) Lyon-Caen et Renault, V n°. 570 et s., VI, 1550.

(2) Schröder, loc. cit., IV, p. 251.

(3) Foard, op. cit., p. 212.

aucun risque. L'art. 597 du code de comm. italien le dit aussi, et l'on peut conclure la même chose de l'art. 329 du code de commerce français. Le code de commerce allemand donne droit à une prime réduite (§ 698).

Il est de droit commun que l'emprunteur ne doit pas changer les risques ou influencer la chance, mais il y a bien des nuances dans la manière dont les lois ont exprimé et développé ce principe. Le code de comm. français, dans les artt. 324 et 326, pose le principe d'une manière assez générale. Le code néerlandais a reproduit ces articles avec quelques variantes. Le droit allemand, dans les §§ 692—695 du code de commerce, est entré dans des développements, en précisant l'étendue de la responsabilité personnelle du capitaine et de celle que le propriétaire encourt du chef des faits du capitaine.

Les codes que je viens de citer autorisent tous trois la confection d'un titre à ordre, transmissible par endossement. Mais il faut ajouter que le code français, art. 313, dit que la négociation de ce titre a les mêmes effets et produit les mêmes actions en garantie que celle des autres effets de commerce, sauf pour ce qui est dit dans l'art. 314, alors que le code néerlandais (art. 573) déclare que l'endosseur répond seulement de l'existence du prêt à la grosse. Le code allemand déclare expressément (§ 686, 3e alinea) que l'exception, tirée du fait que le capitaine n'avait aucun pouvoir de faire l'opération ou qu'il n'avait qu'un pouvoir moins étendu que celui qu'il a exercé, peut être opposée à l'endossé.

d. *avaries communes et particulières.*

Quant à cette matière il y a plus qu'une divergence entre les lois, il y a une contradiction (1). D'après le code d. comm. français,

(1) Actes du congrès international de droit commercial d'Anvers (1885), question 57, page 289.

art. 330, les prêteurs à la grosse contribuent, à la décharge des emprunteurs, aux avaries communes ; le code met aussi à leur charge les avaries simples, s'il n'y a convention contraire (1). Le code de commerce italien (2) a renchéri sur le premier point Il met les avaries communes à la charge du prêteur, en ajoutant que toute convention contraire est nulle ; le prêteur ne supporte, par contre, les avaries particulières que si cela a été convenu, mais, en tant que l'effet de ces avaries est de rendre les choses engagées insuffisantes pour le privilège, le prêteur supporte pourtant cet effet. La loi belge du 21 Août 1879 (art. 167) ne met à la charge du prêteur que la perte totale et les avaries communes, sauf convention contraire. Le code de commerce néerlandais, art. 589, ne met à sa charge, en cas de prêt par nécessité en cours de voyage, aucune avarie, à moins de convention contraire ; il supporte seulement le dommage effectif des choses engagées, en tant qu'elles deviennent insuffisantes pour son gage (3). Le § 690 du code de commerce allemand s'exprime encore plus nettement ; il dispense le prêteur de toute contribution mais en ajoutant qu'en tant que les objets engagés deviennent insuffisants par suite d'une avarie commune ou particulière, le prêteur supporte le dommage qui en résulte (4). Le droit anglais ne fait pas non plus contribuer le prêteur aux avaries (5).

(1) Lyon-Caen et Renault, VI, n°. 1568.
(2) Art. 603. Conf. Marghieri, op. cit., n°. 763.
(3) Kist, *Beginselen van Handelsrecht* V, p. 286 sqq.
(4) Schröder, (Endemann) IV, § 47, note 54.
(5) Pritchard, op. cit., verbo bottomry n°. 38, 39.

C. Application du droit.

Le prêt à la grosse appartient à la catégorie des relations juridiques qui se présentent le plus souvent sous la face internationale.

On peut concevoir sans doute un prêt où tout serait local. Un navire peut avoir servi de gage à un emprunt fait dans un port du pays, dont il porte le pavillon, ou dans une colonie de ce pays soumise au même droit que la mère-patrie. Pour un prêt fait avant le départ, cela peut arriver facilement. Le juge du pays même appliquera alors le droit de son pays, sauf à tenir compte des conventions expresses ou même tacites que les parties ont pu faire, dans les limites que la loi locale abandonne à leur autonomie. Si c'est un juge étranger qui se trouve avoir à prononcer, dans un cas qui se présente sous cette face, il appliquera la loi du pays dans la vie locale duquel la relation rentre. Je ne vois aucune réserve à faire pour l'ordre public, pas même l'art. 603 du code de commerce italien, combiné avec l'art. 12 des dispositions générales sur les lois. Pour moi, il n'y a pas là une disposition intéressant l'ordre public universel ou la morale générale, disposition que le juge d'un pays doit appliquer, nonobstant toute loi étrangère, même lorsqu'il s'agit d'une relation juridique locale-étrangère ; mais un juge italien pourrait être d'un autre avis.

Le plus souvent cependant, ce ne sera pas dans un port de la mère-patrie ou de ses colonies que le navire se trouvera en détresse et sans crédit, mais dans un port étranger, situé relativement au bout du monde, et le paiement de la somme prêtée et de la prime dépendra de l'arrivée dans un port, situé dans un pays autre que celui où le prêt a été conclu.

D'habitude on se demande si le contrat à la grosse doit être régi par la loi du pavillon, par celle du lieu où il a été conclu, ou celle du lieu où il est remboursable. C'est la méthode traditionnelle du choix. Il y a des autorités en faveur de chacune des trois lois (1), cependant la loi du pavillon semble avoir le plus grand nombre d'adhérents. Il faut respecter les autorités, mais leurs décisions ne valent que par les arguments sur lesquels elles reposent. Or, il ne me paraît pas qu'il y ait des arguments suffisants pour soumettre, dans leur généralité, toutes les relations dérivant du contrat de prêt à la grosse à l'une ou à l'autre de ces lois. Les quelques points de droit comparé que j'ai recueillis me permettent d'examiner l'une après l'autre quelques complications.

La première question, la plus importante peut-être et celle qui se présentera le plus souvent devant les juges, est celle du privilège. Sur quels objets portera le privilège, pour quelles créances existera-t-il, et sous quelles conditions l'acquerra-t-on ? Sous ces divers rapports, les exigences juridiques de la société universelle renvoient à la loi du pavillon. Elles se rattachent au crédit maritime que chaque pays règle pour sa marine marchande. Toutes les lois sont rédigées dans cet esprit. Pourquoi parlent-elles de navires qui se trouvent à l'étranger, de consuls, de magistrats du lieu, d'inscriptions

---

(1) Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, V, n°. 1139. de Valroger, *Droit maritime*, III, n°s. 994—1006. de Courcy, *Questions de droit maritime*, I, p. 172. Lyon-Caen et Renault, op. cit., n°. 1789. Von Bar, op. cit., II, n°. 321. Maclachlan, op. cit., p. 174, sqq., citant Lloyd versus Guibert 33 L. J. (Q. B.) 241 on app. L. R., L. Q. B. 115 — Bordeaux 1 Avril 1889, Sirey, 1891, 2, 103. Cour d'Alger 9 Mars 1904. (Clunet 1904 p. 673). Cass. Florence 23 Nov. 1893 (Clunet 1898 p. 970, 1899, p. 192). Cour d'appel de Gênes, (Revue intern. de droit maritime, 1886/87, p. 740). Projet de l'Institut de droit international, Annuaire VIII, p. 124.

sur le certificat de nationalité ? Ce que chaque pays impose à sa marine marchande, il doit permettre aux autres de l'imposer à leur marine, sinon l'ordre raisonnable de la société serait troublé. Le pavillon décidera. C'est seulement ainsi d'ailleurs que l'on obtient une certaine publicité.

Le privilège acquis dans les conditions de la loi du pavillon devra être respecté partout. Mais je ne voudrais pas dire que son rang sera partout le même. Lorsque le prix du navire se distribue dans un lieu, il se peut que d'autres privilèges aient été acquis conformément à la loi du lieu d'exécution, postérieurement au prêt, mais de telle sorte que d'après la loi de ce dernier lieu, ils priment un prêt à la grosse. Dans ce cas le prêteur perdra son rang, relativement à ces droits (1). Dans le même esprit un changement de pavillon, survenu après le prêt, ne fera pas perdre le droit acquis précédemment, mais il pourra avoir pour conséquence qu'un autre droit, acquis conformément au nouveau pavillon, primera le premier.

Quant aux pouvoirs du capitaine, la loi du pavillon aura aussi une certaine autorité, mais ce ne sera pas pour la même raison et cette autorité sera limitée par une exigence supérieure. Les propriétaires, en installant le capitaine comme gérant de l'entreprise, lui ont donné les pouvoirs que la loi du pavillon reconnaît et le pavillon donne publicité à ces pouvoirs. Le prêteur pourra toujours invoquer la loi du pavillon pour lier le propriétaire. Mais il ne s'ensuit pas que le propriétaire pourra toujours opposer au prêteur la loi de pavillon pour se soustraire aux obligations contractées par le capitaine en sa qualité. Le prêteur ne doit pas obéissance à une loi étrangère et n'est pas même censé la connaître, le

---

(1) Von Bar, op. cit., n°. 321.

pavillon est pour lui avertissement dont il doit tenir compte raisonnablement et de bonne foi, il devra agir en homme prudent, s'enquérir s'il y a autorisation du consul ou procès-verbal de l'équipage, mais son droit ne dépendra pas des questions sur lesquelles son enquête ne peut pas porter, l'existence d'un correspondant des propriétaires au lieu du prêt, l'impossibilité de se procurer des fonds autrement, etc. Ici encore, j'ai l'avantage de me rencontrer avec von Bar (1).

J'arrive maintenant aux obligations entre le prêteur et l'emprunteur. Je suppose que les autorités, qui voudraient appliquer la loi du lieu du contrat ou celle du lieu où l'emprunt est remboursable, ont pensé surtout à ces obligations. Mais il me semble que, dans leur généralité, ces obligations ne sont pas plus régies par ces lois, que par celle du pavillon. Ce sont des systèmes tout faits que l'on prétend imposer. Il faut partir de l'idée que le contrat de prêt est obligatoire par lui-même en vertu du droit commun international, et que l'étendue des obligations, qui en résultent, est une question d'interprétation. Cette interprétation pourra, d'après les circonstances, conduire à une loi, peut-être à celle du pavillon, peut-être à une autre, mais ce n'est pas une nécessité. Si les circonstances laissent la chose incertaine, le juge aura pour chaque obligation à examiner quelle est l'étendue de la confiance que chaque partie a dû raisonnablement inspirer à l'autre. Si cela n'est pas satisfaisant, c'est à l'entente internationale qu'il faut faire appel.

Je pense que la même solution, qui fait dépendre le droit de l'interprétation, s'impose dans la question de la participation du prêteur aux avaries. Les avaries particulières ne donnent

---

(1) *Ibid.*, n°. 325.

lieu qu'à une question entre les parties ; les lois qui ont mis la charge de ces avaries sur le prêteur ont poussé loin l'analogie entre le prêt à la grosse et l'assurance. C'est une vieille question, qui a ses racines dans le Guidon de la mer, mais elle n'intéresse que les parties. Au fond — les contradictions des lois rendent difficile une sentence générale — il en est de même des avaries grosses. En tant qu'il y a des tiers intéressés, qui ont fait des sacrifices, leur position n'est pas modifiée. Le total à contribuer par les intéressés pour le navire, par exemple, est fixé par le droit qui régit l'avarie commune, droit dont j'espère m'occuper plus tard. Mais c'est une tout autre question que de savoir si l'emprunteur peut imputer la totalité ou une partie de l'avarie commune au prêteur (1), même lorsque la valeur du navire, déduction faite de l'avarie commune, serait suffisante pour indemniser intégralement le prêteur, en capital et en prime. Cette dernière question est aussi une question entre parties.

Très certainement les contradictions des lois auront pour effet que la décision variera quelque peu, selon le pays où le procès est engagé. Ainsi l'article 603 du code italien pourra faire sentir son influence, si c'est un juge italien qui est appelé à se prononcer et s'il s'agit d'un navire italien ou de parties de nationalité italienne. Pour une relation juridique qui se présente sous la face internationale, l'accord des parties, même s'il vise expressément une loi, ne dispense pas le juge d'appliquer les lois prohibitives de son pays, dans la sphère d'application qu'il croit devoir leur donner. Mais je ne puis que constater la contradiction et ses conséquences.

---

(1) De Valroger, *Droit maritime*, III, n°. 1139.

5[ième] SECTION.

DONATIONS ENTRE VIFS.

§ 26. *La place de la donation dans les systèmes juridiques.*

C'est déjà une difficulté que de ranger la donation dans un système juridique. Les anciens jurisconsultes étaient disposés à en faire un acte d'une espèce particulière (1). Je ne parle de la question que pour dire que je l'évite soigneusement. Pour moi la donation, prise dans le sens un peu restreint qui convient au sujet que je traite, sera l'accord de deux individus, dont l'un entend distraire de son patrimoine un bien pour le faire entrer par bienveillance dans le patrimoine de l'autre qui l'accepte. Je ne distingue pas, dans la donnée générale, entre la promesse, qui enrichit le donataire en le rendant créancier, et l'exécution immédiate, qui rend le donataire titulaire d'un droit. La vente ne change pas non plus de nature lorsque l'exécution des obligations est immédiate, et se confond avec la conclusion du contrat. Je pourrai, grâce à la restriction du sens de la donation, laisser de côté ici les contrats, qui sont gratuits ou qui peuvent l'être, tels que le mandat, le dépôt, le prêt à usage. Je pourrai ainsi porter tout mon effort sur la donation entre vifs, laisser de côté les donations à cause de mort et tout le droit des successions,

---

(1) Goudsmit *Pandectensysteem*, I, p. 166.

ainsi que les libéralités telles que la renonciation à un droit ou à une succession, etc. Les donations déguisées ne m'occuperont pas non plus, c'est affaire au juge, dans chaque cas particulier, de leur ôter leur déguisement; d'ailleurs la vente à vil prix peut être la forme symbolique de la donation (1).

Même lorsque la donation est considérée comme un contrat, c'est encore une grosse affaire que d'établir son rapport avec le testament. Dans le droit français, on ne peut pas refuser à la donation le caractère d'un contrat; le mot „acte" dans l'art. 894 du code civil, s'explique historiquement (2). Cependant la matière y est intimement unie à celle des testaments; la capacité de disposer et de recevoir, la réduction au profit de réservataires, donnent lieu à des dispositions communes. Cela aussi s'explique historiquement, mais cela rend la chose bien compliquée, comme on peut s'en assurer, quand on étudie le droit international de la donation dans le grand ouvrage de Laurent (3). Le code civil italien, qui part de la même donnée que le code français (artt. 710, 1050 sqq.), a cependant établi une distinction plus nette (4). Dans le code civil néerlandais, la donation a pris place dans la série des contrats nommés, mais la loi renvoie sous certains rapports à la matière du testament (art. 1718). Dans le droit allemand, le lien qui unit les deux institutions, comme des jumeaux siamois, est rompu délibérément; la donation se présente entre la vente-échange et le bail, dans la série des sources d'obligations.

Il y a encore autre chose. Dans le droit français, la donation

---

(1) Laurent, *Principes*, XII, n°. 302 sqq. Blackstone, *Comm. on the laws of England* (1778) II, Chap. XXX, p. 440.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, op. cit., IX, n°. 13.

(3) *Dr. civil intern.*, n°. 264 sqq.

(4) Conf. code civil espagnol (art. 609).

forme une des manières dont on acquiert la propriété. Les obligations ont aussi cet effet dans le droit français, mais la loi a juxtaposé, dans l'art. 711 du code civil, les deux manières. A l'égard des tiers, comme cela a été dit pour la vente, il faut réserver l'application des lois sur la transcription et le régime hypothécaire. Dans le droit allemand, la donation, considérée en elle-même, ne produit qu'une obligation. Dans le droit néerlandais aussi, il en est ainsi ; s'il s'agit d'un immeuble, par exemple, la propriété ne se transmet que par la transcription du titre, mais cette transmission dépend du titre, et si le titre est une donation, cette dernière fera sentir son influence sur l'acquisition de la propriété. J'ai pris l'immeuble comme exemple, mais en réalité c'est pour ainsi dire exclusivement pour les immeubles que la différence est importante. Pour ce qui est des biens meubles, la plupart du temps, les tiers sont sauvegardés. Il y a des législations qui visent spécialement les donations d'immeubles (1).

---

§ 27. *Points saillants de comparaison.*

a. *esprit général des législations.*

Il y a dans les lois une différence notable en ce qui concerne le plus ou moins d'antipathie qu'elles ont pour la donation. Le droit français, sous l'empire de la tradition, a placé, pour ainsi dire, la donation sous conseil judiciaire. Il l'a entourée de formes, d'incapacités, de conditions, dans le

(1) Code civil portugais, artt. 949, 1459 ; reg. do registo predial (1870) art. 81. Code civil espagnol, art. 633. Code civil Vaudois, artt. 591, 592. Droit russe : X, 1, 987, cité par SCHERSCHENEWITCH, *Outch. rouss. grach. prava*, § 42, p. 471.

but avoué d'en rendre l'usage aussi difficile que possible. Généralement c'est dans un esprit tout opposé que la loi fait d'un contrat un contrat nommé. Le code néerlandais et le code italien, entre autres, n'ont réagi que faiblement contre cet esprit. Dans le nouveau droit allemand, au contraire, la donation n'apparaît plus comme un contrat que la loi préférerait défendre.

Les conséquences de cet esprit différent sont fort grandes. Dans les législations du type français, la matière est hérissée de difficultés, remplie de dispositions sur la capacité, les formes et la révocation, et le fait que toutes ces dispositions influent sur la transmission de la propriété et peuvent intéresser les tiers acquéreurs, vient encore compliquer le tout. Il faut parler ici du rapport artificiel établi par les lois entre la substance, la capacité et les formes. Pour ne pas empiéter sur le droit des successions, je laisse de côté la réduction des donations pour cause d'atteinte à la légitime, ou d'inofficiosité comme dit le code civil portugais.

b. *capacité spéciale.*

Je ne parle pas de la capacité des étrangers, c'est un point historique, qui devrait être préhistorique. Le code civil français a toutes sortes d'incapacités spéciales, communes aux donations entre vifs et aux testaments (artt. 901 et suiv.), il répudie les substitutions (art. 896) et déclare révocables les donations faites entre époux pendant le mariage. Notre droit néerlandais a reproduit la plupart de ces dispositions ; il défend absolument (art. 1715 c. c.) les donations entre époux pendant le mariage (1). Le code civil portugais établit

(1) Code civil espagnol, art. 1334 ; italien, art. 1054.

la capacité sur des bases générales; il rend révocables les donations entre époux (art. 1181), mais il déclare nulles ou plutôt annulables les donations faites par un homme marié à sa concubine (art. 1480). Le droit allemand n'a pas d'incapacité spéciale, attachée à la personne du donateur ou du donataire, et il n'interdit pas les donations entre époux.

c. *formes.*

L'opposition la plus forte est entre le droit français et le droit allemand. Le droit français est très exigeant; il veut un acte passé devant notaires, une acceptation en termes exprès. L'acte est solennel et la sanction est la nullité (art. 931 sqq. c. c.). Le droit allemand ne statue une forme que pour la promesse de donation, (§ 518, c. c.); encore ajoute-t-il que l'exécution couvre le défaut. Le code civil néerlandais, art. 1724, a expressément exempté des formalités ordinaires de la donation le don manuel d'objets mobiliers corporels ou de titres au porteur.

d. *effets.*

J'ai déjà parlé de la transmission de la propriété. La garantie que le donateur doit a été spécialement réglée dans le code civil allemand (§§ 523, 524). Ce code donne au donateur le „beneficium competentiæ" (§ 519), il a soigneusement réglé la charge (modus) imposée au donataire (§§ 526, 527). Tout cela se ressent du voisinage de la vente. D'après l'art. 1711 du code civil néerlandais, le donateur ne répond pas de l'éviction. Le code civil espagnol, art. 638, subroge le donataire aux droits et actions du donateur, en cas d'éviction; il distingue entre les donations avec charges et les donations

ordinaires, quant à la garantie due. Le code civil français n'a pas parlé d'une obligation de garantie (1).

e. *révocation.*

Il y a là une matière particulière à la donation.

Le droit français l'a réglée dans la section intitulée: „des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations" (artt. 953 sqq. c. c.). Le code civil a une révocation pour cause d'inexécution des charges ou conditions, qui, bien qu'elle n'ait pas lieu de plein droit, fait rentrer les biens dans les mains du donateur, libres de toutes charges. Il a aussi une révocation pour cause d'ingratitude, qui n'a pas non plus lieu de plein droit et qui est soumise à un terme de déchéance et à certaines conditions, et dont l'effet est subordonné, à l'égard des tiers, à une inscription faite en marge de la transcription prescrite par l'art. 939. Le même code a encore la révocation pour cause de survenance d'enfants, dont l'effet est particulièrement corrosif, et enfin le droit de retour (artt. 951—952) qui a sa complication particulière.

Les législations, qui ont suivi de près ou de loin le Code Napoléon, ont réagi plus ou moins fortement contre les complications de la révocation et essayé de ménager les droits des tiers. Le code civil néerlandais n'a pas reproduit la révocation pour cause de survenance d'enfants, mais il a celle pour cause d'inexécution de charges et pour cause d'ingratitude, dont il a réglé l'effet rétroactif dans les artt. 1726 et suivants. Le code civil italien a les trois causes de révocation du droit français (art. 1078), mais il a distingué entre la condition résolutoire proprement dite et les charges (pesi

(2) Laurent, *Principes* XII, n⁰. 387 et suiv. Baudry-Lacantinerie et Wahl, op. cit., IX, n⁰. 1344 et suiv.

imposti, dans l'art. 1080), et il subordonne l'effet de la révocation sur les immeubles donnés, en cas de survenance d'enfants, à la transcription de la demande (art. 1088 j°. 1933). Le code civil espagnol (art. 644 sqq.) et le code civil portugais (art. 1482 sqq.) ont aussi des dispositions qui ont pour but de sauvegarder les intérêts des tiers.

Dans le droit allemand, l'idée de rendre la donation en principe aussi irrévocable que tout autre contrat, n'a pas prévalu. Le code civil admet la résolution pour cause d'inexécution des charges (§ 527), la reprise lorsque le donateur tombe dans la misère, dans les conditions du § 528, et la révocation (§ 530) en cas d'ingratitude ; mais dans tous ces cas la demande n'a que le caractère d'une condiction (§ 531 j°. 822).

§ 28. *Observation générale sur l'application du droit.*

Les difficultés de la matière sont en raison inverse de son importance pratique pour la vie active internationale. Un acte de pure bienveillance suppose une affection, qui se montre surtout lorsque les personnes vivent les unes près des autres. L'imagination surexcitée d'un pourfendeur de conflits peut se représenter le cas d'un Espagnol habitant la Belgique, qui éprouve le désir de faire présent à un Russe habitant le Pérou, d'un bien qu'il possède en Suède, et qui profite d'un voyage en Italie pour y passer un acte, mais il faut que le donateur ait une furieuse envie de donner le jour à une question de droit international pour qu'il agisse ainsi. La vente, le contrat de transport, la lettre de change présentent naturellement des complications internationales, mais

la donation est casanière. Le code fédéral suisse des obligations n'a pas cru devoir la soustraire au droit cantonal. Un code international pourrait tout aussi bien garder le silence.

A la rigueur je pourrais passer légèrement sur la donation; le droit international n'est pas une gymnastique de l'esprit, mais une science d'observation. Cependant une courte dissertation peut être utile. La jurisprudence internationale enregistre quelques décisions sur la donation, mais ce ne sont jamais des débats sur la substance, ce sont toujours des questions de capacité, de formes. Cela peut se comprendre par l'observation que je voudrais faire tout d'abord sur la cause des difficultés.

Cette cause est l'état des législations, qui ont cru devoir faire de la donation un mode de transmission de la propriété ou un titre qui influe sur cette transmission, et qui, de plus, ont voulu régler tout spécialement la capacité et la forme. En tant qu'il s'agit de la vie active strictement nationale, cela se soustrait à la critique, mais au point de vue international c'est une faute, et cette faute se paie.

J'ose dire qu'il n'y a pas nécessité de faire de la donation un mode de transmission de la propriété ou un titre, dont l'invalidité entraîne celle de la transmission. Dans tous les cas, dès qu'on le fait, on touche, en ce qui concerne les immeubles, à la sécurité du crédit foncier national, et à moins de troubler sérieusement cette sécurité, on ne peut pas donner à des lois étrangères, au moins en ce qui concerne les tiers, l'influence qu'elles prétendent exercer sur la validité d'une donation. On peut masquer la chose en faisant intervenir le statut réel, mais la cause de la difficulté se trouve derrière le masque.

Je ne dirai pas qu'il soit irrationnel de faire des dispositions spéciales pour la capacité en matière de donation. Mais elles ne devraient avoir effet qu'entre le donateur et le donataire et leurs successeurs à titre universel. Si elles peuvent faire annuler les droits acquis par des tiers de bonne foi, sur des immeubles, on ne pourra pas, sans troubler la sécurité du crédit foncier national, donner aux lois étrangères l'influence qu'elles prétendent avoir. Pour ce qui est des meubles, on ne peut pas songer à annuler les droits des tiers. Ce fait confirme mon observation.

Je ne soutiendrai pas non plus qu'il n'y ait pas de raison suffisante pour imposer à la donation une forme. Mais si l'on en fait un acte solennel, qui ne produit aucun effet juridique si telle ou telle partie des solennités fait défaut, et si ce défaut annule les droits acquis par des tiers, la difficulté déjà indiquée se présente encore. Pour les biens meubles, susceptibles de donation de la main à main, le but que les lois se proposent ne saurait, de fait tout au moins, être atteint.

Ce qui vient d'être dit de la forme et de la capacité s'applique aussi à la révocation. Que le législateur admette la révocation ou qu'il ne l'admette pas, c'est son affaire. Il serait présomptueux de critiquer d'une manière générale les lois que les peuples se sont données. Mais dès que la révocation dépasse la portée des rapports entre les parties et leurs successeurs à titre universel, et qu'elle atteint les droits acquis par des tiers, ce qui pratiquement veut dire les droits sur les immeubles, la vie active internationale ne s'accommode plus du respect des lois étrangères.

Dans la vie active internationale, les dispositions en question auront pour effet d'empêcher toute harmonie dans l'application

du droit. D'un côté l'Etat, qui impose des conditions de forme solennelle et de capacité, voudra que ses lois suivent les nationaux à l'étranger, afin qu'ils ne puissent pas éluder ses défenses ; d'un autre côté, il ne voudra pas permettre que les lois étrangères suivent les étrangers, en tant que cela troublerait le crédit foncier national.

---

§ 29. *Application du droit.*

Les lois étant ce qu'elles sont, la donation ne sera locale-nationale que si tous les éléments, qui déterminent son but social, sont attachés au territoire national. Il faudra qu'elle soit faite entre deux personnes, appartenant au pays par leur nationalité et leur domicile, et de plus que le bien donné s'y trouve ou doive y être livré, ce qui pour les immeubles veut dire qu'ils doivent être situés dans le pays. La donation alors sera soumise entièrement, au point de vue du juge national, à la loi nationale, y compris ce qui concerne la capacité, la forme et la révocation.

La donation sera locale-étrangère si tous ces mêmes éléments sont attachés à un pays étranger déterminé. Le juge appliquera alors le droit étranger.

Par suite de son caractère casanier, la donation se présentera fréquemment sous l'une ou l'autre des faces locales. Mais il est certain, et la jurisprudence le prouve, qu'elle peut aussi se présenter sous la face internationale. Il n'est pas nécessaire de se creuser la cervelle pour combiner des cas épineux, il suffit de supposer que les parties sont établies dans un pays dont elles n'ont pas la nationalité, ou que la donation ait pour objet un bien, particulièrement un im-

meuble, situé dans un pays, qui relativement aux parties est un pays étranger.

S'il ne s'agissait que de déterminer strictement le droit qui régit la substance de la donation, on pourrait établir assez facilement une règle. L'élément dominant dans la matière est la personnalité du donateur, et cet élément fait pénétrer assez profondément la donation dans la vie locale du pays dans lequel le donateur a son domicile, pour qu'on soumette la substance de la donation à la loi de ce pays, sauf à admettre, selon les circonstances et dans les limites que la loi du domicile du donateur assigne à l'autonomie, une interprétation dont il résulte que le donateur a eu en vue une autre loi et que le donataire a dû le comprendre. C'est ainsi que j'admettrais l'application de la loi nationale du donateur, dont l'article 9 des dispositions générales italiennes fait une règle. Dans la science pure, je ne serais pas disposé à faire régir toujours la donation par la loi nationale du donateur, mais, s'il s'agissait d'une entente internationale, je comprendrais que dans l'état actuel des opinions, on se mît d'accord pour faire prédominer le principe de nationalité, surtout si ce principe domine aussi le testament et si l'on maintient le rapport que plusieurs lois établissent entre les donations et les testaments.

Mais la règle posée ne s'applique pas à la transmission de la propriété des biens, qui appartient à une autre doctrine. Elle ne tranche pas toutes les difficultés de la capacité et de la forme. Enfin elle ne peut être admise pour la révocation qu'avec une réserve, quant aux immeubles, réserve dont l'effet de réléguer la règle au second plan. Après ce que j'ai dit de la vente, je ne m'arrêterai pas longtemps à la question de la transmission de la propriété. Je serai bref aussi au sujet de la capacité et de la forme, que je crois avoir suffi-

samment dégagées de la substance, et je ne dirai de la révocation que ce qui est nécessaire pour mettre au point ce que j'ai déjà indiqué.

Prenons la question de la capacité spéciale de disposer par donation dans son rapport avec les effets de la donation. Si le juge se trouve avoir affaire à une donation, faite par un citoyen de son pays, à l'étranger, il aura à décider si cette capacité doit être déterminée par la loi nationale, domiciliaire ou par tout autre principe ; le plus souvent la loi de son pays ne le laissera pas libre dans ce choix, elle déterminera elle-même si elle entend suivre ses propres nationaux à l'étranger. La question se complique lorsque la donation a été faite par un étranger et qu'elle doit avoir effet dans le pays du juge, particulièrement si c'est un immeuble qui a été donné. Si la question de capacité était indifférente pour les droits acquis par les tiers de bonne foi, la difficulté de la capacité spéciale se résoudrait, non pas facilement, mais régulièrement par l'application de la loi personnelle du disposant, lorsqu'il n'y a pas de dispositions particulières sur la capacité des étrangers, dans le droit national du juge. Mais le point capital est de savoir si l'acquisition, par un tiers de bonne foi, d'un bien immeuble situé dans le pays, pourra être annulée par application d'une disposition d'une loi étrangère sur la capacité spéciale de disposer. L'inconvénient de la combinaison de la donation et de la transmission de propriété est alors tellement évident, que le juge adoptera généralement la solution, relativement la meilleure dans le cas donné, qui invoque l'intérêt de la sécurité du crédit foncier pour faire échec à la loi étrangère. Le „statut réel" ou des articles tels que l'art. 3 alin. 2 du code civil français servent alors d'argument. L'argument n'est pas bien bon, mais il permet de donner une solution acceptable dans ses résultats.

Quant aux formes, le point le plus intéressant est celui de savoir si la disposition, qui impose une forme solennelle, fait échec à la règle „locus regit actum", et si, par suite, l'observation des formes du lieu où la donation se fait ne suffit pas. Que l'on se représente un Français qui a fait en Allemagne une donation, sans l'observation des formes de la loi française, mais en suivant celles de la loi allemande. La donation sera-t-elle valable quant à la forme ? Pour moi, je voudrais répondre en général affirmativement, particulièrement au point de vue du juge allemand, mais je reconnais que le juge français peut trouver, dans l'esprit de sa législation nationale, des raisons d'en décider autrement (2). Sous ce rapport je me permets de rappeler que le projet de traité sur les conflits en matière de successions et de testaments, arrêté à La Haye (3) dans la conférence de 1904, dit, après avoir établi, avec effet facultatif, la règle „locus regit actum" :

> „Néanmoins, lorsque pour le testament fait par une „personne hors de son pays, sa loi nationale exige ou défend „une forme déterminée, l'inobservation de cette règle „peut entraîner la nullité du testament dans le pays „dont le testateur était le sujet, sans empêcher d'ailleurs, „si le testament est conforme à la loi du lieu où il a „été fait, que là et dans les autres pays, il soit valable".

Le même principe, appliqué à la donation, conduirait à la rendre valable dans un pays et nulle dans un autre.

Enfin, pour ce qui est de la révocation de la donation, il

---

(1) Cour d'appel de Paris 27 Mai 1892. (Clunet 1892, 940), et même Cour, 5 Mars 1901 (ibid. 1901, p. 775).

(2) LAURENT, *Droit civil intern.*, II, 240 sqq., VI, 394 sqq. ROLIN, op. cit., II, n°. 814. Ce dernier donne un aperçu de la jurisprudence.

(3) Actes, p. 212.

est parfaitement logique de dire qu'elle suit le droit du contrat de donation, c'est-à-dire en principe la loi domiciliaire du donateur (1). Je ne voudrais pas dire que la révocation doit être régie par la même loi que la succession ; de bons auteurs le soutiennent (2), mais je ne suis pas convaincu par leurs arguments. Cependant, ici encore, il faut réserver l'effet que la révocation, en vertu d'une loi étrangère, peut produire à l'égard des tiers-acquéreurs d'immeubles donnés. Je suis d'accord ici avec le résultat auquel aboutit ROLIN (3), et l'on peut trouver dans le texte des articles du code civil, qu'il cite, des arguments pour exclure l'effet d'une loi étrangère, lorsqu'il s'agit d'immeubles situés en France et de la sécurité du crédit foncier.

En somme le résultat auquel nous arrivons n'est pas bien satisfaisant. Souvent la décision dépendra du pays où se déroule le procès. La certitude du droit et l'harmonie dans son application laissent toutes deux à désirer. Cependant la donation est trop casanière de sa nature pour qu'on puisse dire qu'il est urgent de codifier le droit international ou d'unifier les lois. Un puissant intérêt de l'humanité n'est pas en jeu.

---

(1) Reichsgericht, 2 Mai 1894. Entsch. XXXVI, 283.

(2) BROCHER, op. cit., II, 28 et 29. ROLIN, op cit., II, n°. 831 sqq. Conf. LAURENT, *Droit civil intern.*, VI, n°. 287 sqq.

(3) Loc. cit., n°. 828.

2e GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES. PRESTATION DE TRAVAIL.

§ 30. *Division de la matière.*

Le contrat de travail a pris de nos jours une importance très grande. Il tend à reléguer au second plan les contrats de mise en valeur des biens, et si je n'ai pas suivi cette tendance, c'est qu'elle n'a pas encore suffisamment pénétré dans les législations, dont les textes me fournissent mon matériel pratique. Pour le lecteur qui est de son siècle, il n'est pas nécessaire de s'arrêter à l'évolution qui aujourd'hui impose à l'Etat la tâche, énorme et souvent mal définie encore, d'assurer la liberté du travail en réprimant les abus de cette liberté. En tant que cette évolution est politique, la science du droit privé n'a pas à prendre parti, pour pouvoir l'étudier sans parti-pris, en tant qu'elle est juridique.

Mais le contrat de travail pur, le contrat par lequel une partie s'engage à faire un travail, en échange d'une autre prestation ou par bienveillance, forme plutôt une rubrique de classification qu'un contrat nommé. On ne gagne rien à faire un louage du contrat de travail salarié. Le contrat de travail subit tellement l'influence de la condition économique des parties, de leur profession, du caractère plus ou

moins temporaire de leur relations, de la nature du travail et du résultat que les parties ont en vue, qu'il n'y a pas grande utilité à développer les principes du contrat de travail en général. Mieux vaut traiter séparément ses diverses variétés, en les classifiant de manière à ne pas trop s'écarter des législations qui doivent fournir les points de comparaison.

Il y a d'abord lieu de distinguer entre le *contrat de service* et celui *d'entreprise d'un ouvrage*. Cette distinction se trouve dans le code suisse et dans le code civil allemand. Dans le contrat de service, les parties ont surtout en vue l'effort que le débiteur s'engage à faire, dans celui d'entreprise, le résultat de cet effort. Quelques sous-variétés seront traitées en même temps que les contrats généraux. Les services des marins, des ouvriers proprement dits et des domestiques n'ont pas besoin de former des sections distinctes. Ce n'est pas qu'ils soient peu importants, au contraire, mais le caractère local des législations est trop marqué. Entre le contrat de service et celui d'entreprise d'ouvrage, on peut placer le contrat d'apprentissage, dont certaines législations ont fait un contrat nommé et qui a un caractère mixte. Mais sa localisation ne présente guère de difficultés; il n'a pour ainsi dire pas de face internationale.

Une section spéciale sera consacrée au mandat et à la représentation, en tant que cette dernière est le résultat d'un mandat. Abstraction faite de toutes les théories sur la nature du mandat et sur son rapport avec le contrat de travail, une rubrique spéciale pour le mandat se justifie par le fait que la plupart des législations ont créé cette rubrique. La distinction entre le mandat et la représentation est une conquête de la science allemande. La représentation n'est pas nécessairement l'effet d'un mandat, elle appartient aussi au droit public et administratif, au droit de famille, au droit de

société (1). Mais on ne peut pas se dispenser de distinguer, avec le droit allemand, entre le *mandat* qui, entre autres obligations, peut créer celle de représenter, et le *pouvoir* de représenter, considéré en lui-même. Ce dernier pouvoir, dont la portée est plus large que le droit des obligations, est mieux à sa place dans la partie générale du droit civil. Mais comme j'aurai à prendre des points de comparaison dans des législations qui n'ont pas séparé radicalement le mandat de la représentation, j'examinerai les effets de la représentation, qui dérive d'un mandat, après avoir parlé du mandat, en unissant ainsi les deux institutions, sans les confondre.

Les contrats de service et d'entreprise d'ouvrage présentent tous deux la particularité que le service ou l'ouvrage peut consister, en tout ou en partie, dans l'exécution d'un mandat ou dans une représentation. Le code civil allemand a consacré cet état de choses (§ 675), mais aussi considère-t-il le mandat comme essentiellement gratuit (§ 662). D'autres législations n'identifient pas le mandat salarié avec le contrat de service ou d'entreprise d'ouvrage, ou si l'on veut avec le louage d'ouvrage. Dans cet état de choses, il vaut mieux faire une section spéciale des contrats de service et d'entreprise qui présentent la particularité d'une combinaison avec la représentation. Dans le droit commercial surtout, la représentation directe ou indirecte joue un rôle particulier, comme élément de divers contrats.

Enfin, dans tous les cas, le contrat de transport a droit à une section particulière. On peut bien en faire, en théorie, un contrat d'entreprise d'ouvrage, mais c'est une entreprise

---

(1) ZITELMANN (op. cit., II, p. 206 et suiv.) a traité de la représentation plus largement.

tellement particulière d'un service si nettement distinct des autres, qu'on peut tout aussi bien, mieux même, en faire un contrat sui generis. Au surplus, le contrat de transport lui-même n'est guère qu'une rubrique. Les divers contrats de transport présentent toutes sortes de particularités, d'après les moyens de transport employés, les éléments physiques, dans lesquels ils se meuvent, et d'après ce qui doit être transporté. Dans le contrat de transport, la face internationale domine, il y a même un commencement de codification supranationale.

1ière SECTION.

CONTRAT DE SERVICE.

§ 31. *Observation générale.*

Les législations modernes ont un idéal commun, celui d'assurer au travailleur, dans le contrat de service, ce qu'il stipulerait, s'il était libre de ne donner son travail que dans des limites raisonnables et contre une rémunération suffisante. Il y a même sous ce rapport une certaine émulation entre les nations. Les dispositions légales anciennes, qui plaçaient le travailleur dans une situation juridique inférieure, tendent à disparaître. Le contrat de service et ses principales variétés prennent place au milieu des contrats nommés, de manière à éviter aux parties la peine d'entrer dans les détails. Mais cela ne suffit pas encore. Le travailleur, poussé par la nécessité, pourrait renoncer à ce que la loi a jugé raisonnable ; la loi défend aux parties de renoncer à certaines dispositions légales. Enfin les lois, après avoir réglé et défendu, ont aussi ordonné. Elles ont imposé particulièrement au patron, en considération du travailleur, des obligations, dont le véritable créancier est la nation, de sorte que ces obligations pénètrent plus ou moins profondément dans le droit public.

Ce caractère des lois, qui réglementent le contrat de service, leur donne une localisation presque complète. Elles sont faites,

par chaque nation, pour la vie active locale-nationale; dans la sphère de cette vie active, elles s'appliquent exclusivement, et la question de l'application des lois ne se présente guère que sous la face locale-nationale. Il en résulte qu'une comparaison des lois, même dans les points saillants, a peu d'utilité pour notre travail actuel. Quelque intéressante que soit, pour l'économie politique considérée comme la philosophie de la vie sociale, l'étude des diverses étapes que les lois ont atteintes dans leur marche vers l'idéal commun, le droit international privé n'a que peu de chose à en tirer. Je me contenterai de quelques remarques ; le droit comparé n'est pas ici une science auxiliaire du droit international privé.

---

§ 32. *Le contrat de service en général.*

A. **Esquisse d'une comparaison.**

L'évolution du droit apparaît clairement lorsqu'on compare le code civil français primitif, l'œuvre magistrale du début du XIXième siècle, avec le code civil allemand, conception non moins monumentale, qui correspond à peu près au début du XXième.

Dans le code français primitif, le contrat de service se montre en passant, dans les artt. 1708 et 1779, comme une sorte de louage, rudimentairement réglée dans les anciens articles 1780 et 1781. Ce dernier article, le type des dispositions légales qui mettent l'ouvrier ou le domestique dans une situation plus défavorable que celle du citoyen en général, a été abrogé, en France, par la loi du 2 Août 1868. Dans le

même esprit, une loi française du 2 Juillet 1890 (1) a abrogé les dispositions relatives aux livrets d'ouvriers, et soumis au droit commun le contrat de louage d'ouvrage entre les chefs ou directeurs des établissements industriels et leurs ouvriers. L'art. 1780, qui, dans sa teneur primitive, énonçait seulement un principe, très juste et très élevé, même un peu trop élevé pour la vie ordinaire, a été complété par la loi du 27 Décembre 1890 (2) qui donne au juge une grande latitude d'appréciation en cas de cessation de la relation par la volonté de l'une des parties. Une disposition, qui défend aux parties de renoncer à l'avance à un droit éventuel donné par la loi, se trouve dans l'art. 1780, tel qu'il a été complété par la loi du 27 Décembre 1890.

Le code civil allemand a consacré tout un titre (§§ 611—630) au contrat de service en général. Les dispositions en question méritent certes une étude approfondie, mais plutôt au point de vue du droit matériel et de sa philosophie qu'à celui du droit international privé. Je ferai seulement remarquer les §§ 617 et 618. Le premier s'occupe des soins médicaux éventuellement dus au serviteur ; le second impose des obligations au maître, en lui prescrivant certaines mesures concernant la protection de la vie et de la santé du serviteur. Ces obligations sont encore plus étendues lorsque le serviteur fait partie de la communauté domestique ; les mesures prescrites s'étendent alors, non seulement à la protection de la santé, mais aussi à la sauvegarde de l'intégrité morale et du sentiment religieux du débiteur des services. Le § 619 ajoute qu'il n'est pas

(1) Sirey, lois annotées 1891, p. 16.

(2) Une loi du 10 Avril 1902 (Annuaire de la soc. de lég. comp. p. 149), a ajouté, à l'article 2 de cette loi, un § relatif aux compagnies de chemins de fer.

permis, à l'avance, de dispenser le maître des obligations que lui imposent les deux paragraphes qui précèdent, ou de les limiter. Le titre en question du code civil s'occupe du contrat de service en général, mais une foule de dispositions, relatives à des services spéciaux, sont contenues dans d'autres lois de l'Empire, restées en vigueur, notamment le code de commerce, l'ordonnance professionnelle, les lois sur les ouvriers en sens restreint, les marins, etc. Dernburg (1) rappelle aussi que la législation sur les droits et devoirs des fonctionnaires, en tant que cette législation touche aux obligations, est restée en vigueur. Pour le droit international privé, rien ne peut être plus local que la relation juridique entre un fonctionnaire et l'Etat dont il dépend.

Le code fedéral suisse a aussi un titre, le onzième, sur le contrat de louage de services. J'y relève la disposition, comparable à l'art. 1780 du code civil français et au § 624 du code allemand, qui déclare que le contrat conclu pour toute la vie *de l'une des parties* ou pour un temps qui, selon les probabilités, s'étendrait même au delà, peut être résilié, en tout temps, et sans indemnité, *par celle des parties qui a engagé ses services,* moyennant six mois d'avertissement préalable (Art. 345). Le code ne déroge pas à la législation cantonale sur le travail dans les fabriques.

Dans les Pays-Bas, au moment où j'écris (1905), l'abrogation de l'art. 1638 du code civil, correspondant à l'ancien article 1781 du code civil français, est soumise au Parlement, dans un projet de loi destiné à codifier les principes du contrat de travail.

---

(1) Op. cit., II, 2 § 316.

B. **Application du droit.**

Bien que le caractère des lois sur le contrat de service soit éminemment local, c'est aller trop loin que de dire qu'il est régi par la loi du pays où le service doit être rendu. Cette solution ne serait pas absurde, et elle témoigne de la grande part de vérité que renferme le système de la lex loci executionis, mais elle est trop large.

Tout d'abord on peut dire que le contrat de service sera local-national lorsqu'il se sera formé entre personnes domiciliées (ou établies professionnellement) dans le pays du juge, appelé à se prononcer, et lorsque le service doit être rendu dans ce pays. Une interprétation basée sur la nationalité des parties, même sur leur nationalité commune, ne pourra modifier que ce que la loi locale abandonne à l'autonomie.

Si le contrat a été conclu entre personnes habitant un pays étranger déterminé, et qu'il doit être exécuté dans ce même pays, le juge appliquera la loi de ce pays. Il sera rare que cette question se présente, mais cela peut arriver. Rolin (1), supposant qu'un contrat de louage de services à vie a été conclu *en pays étranger entre étrangers*, se demande si le juge imposera aux parties l'art. 1780 (texte originaire) du code civil. Il répond affirmativement, au point de vue du juge belge, en tant qu'il s'agirait d'assurer en Belgique l'exécution du contrat, et négativement, en tant qu'il s'agirait d'apprécier les effets que le contrat a régulièrement produits dans le pays où il a été conclu. Je suis d'accord avec mon éminent collègue pour les deux cas, mais je pose les questions un peu autrement. Si le contrat a été exécuté à l'étranger, voire pendant

---

(1) Op. cit. III, No. 1238, 1239.

toute la vie du serviteur, ce que la loi suisse et la loi allemande, citées plus haut, admettent, il n'y a aucune raison, même pour le juge convaincu que l'art. 1780 en question est d'ordre public, de refuser l'action en paiement des salaires. La relation juridique est alors locale-étrangère, et l'art. 1780, en tant surtout qu'il annulerait le contrat, ne concerne pas l'ordre public international. S'il s'agit d'exécuter en Belgique, contre le gré du serviteur, un contrat conclu à l'étranger pour être exécuté à l'étranger, il faut qu'il y ait eu un changement dans les conditions primitives, par exemple que le serviteur ait suivi son maître en Belgique, mais alors il y a eu un nouveau contrat exprès ou tacite, conclu à l'étranger pour être exécuté en Belgique. La relation juridique a cessé alors d'être locale-étrangère pour devenir internationale, et comme elle pénètre dans la vie locale belge, il peut y avoir lieu d'appliquer l'art. 1780.

Le contrat peut se présenter enfin sous la face internationale, soit qu'il dépasse plus tard, par une nouvelle convention, sa portée originaire, soit qu'il ait été conclu dès l'abord entre des personnes domiciliées dans des pays différents, ou pour être exécuté dans un autre pays que celui de leur domicile. Tous ces cas ne sont pas ordinaires, mais ils peuvent se présenter. C'est aller trop loin que de vouloir appliquer toujours dans ce cas la loi du pays où les services doivent être rendus. Il en sera ainsi certainement dans le cas où les services se rattachent à un établissement, une usine, une exploitation ou même une habitation, qui se trouvent dans un pays déterminé, surtout si les services doivent être rendus dans ce même pays, bien que cette dernière condition ne soit pas absolue. Dans ce cas, le contrat pénètre dans la vie locale par un élément prépondérant. Mais il n'en sera pas

toujours ainsi. Celui qui prend quelqu'un à son service pour l'accompagner en voyage, dans un intérêt scientifique, par exemple, ne sera pas nécessairement soumis, quant à la substance du contrat, à la loi du pays qui forme le but du voyage. L'univers entier peut être ce but. Dans ce cas, étant donné que le contrat est obligatoire en vertu du droit commun international, la substance du contrat sera déterminée par interprétation, et le domicile commun ou la nationalité commune des parties pourront avoir plus d'importance que le lieu où les services doivent être rendus. Mais dans tous les cas les parties ne peuvent se soustraire à la loi du pays où les services doivent être rendus, en tout ce qui a trait aux lois prohibitives de ce pays, qui limitent, dans l'intérêt de la société locale, le droit d'exiger d'autrui certains services, ou qui imposent à celui qui les exige des conditions dont elles interdisent de s'écarter. Le juge de ce pays même appliquera naturellement les lois de son pays qui ont cet esprit, et le juge d'un tiers pays les appliquerait aussi, si par hasard il avait à s'occuper de la question, l'obligation de prester dans un pays un service, que la loi de ce pays défend d'exiger, étant une obligation de faire une chose moralement impossible.

---

§ 33. *Quelques variétés du contrat de service.*

A. **Ouvriers.**

C'est surtout du contrat de service des ouvriers que l'on peut dire que si la comparaison des législations est du plus haut intérêt au point de vue de la philosophie sociale, il n'en est pas de même au point de vue du droit international privé,

tellement les lois sont manifestement faites par la vie active locale.

Le développement moderne de la codification du contrat de service, que nous avons pu constater par la comparaison entre le code civil français primitif et le code civil allemand, s'est effectué sous l'influence du désir d'améliorer la position juridique de l'ouvrier comme partie contractante, soit en le dispensant de régler les détails, soit en défendant des clauses qui lui sont défavorables. Ce développement n'est pas terminé, on peut même dire qu'il commence à peine. Une fois le premier pas fait dans la voie de la codification, des complications nouvelles exigeront de nouvelles dispositions légales. De nos jours, c'est le contrat collectif de service qui soulève les questions les plus délicates, en obligeant les juristes à renouveler leur matériel d'analyse. La solution ne semble pas encore mûre. Les dispositions des lois sur le droit privé du travail tendent à se rapprocher les unes des autres, par le seul fait qu'elles ont absolument le même but.

Une quantité sans cesse croissante de dispositions légales se rapporte au mode de travail. Elles ont un caractère administratif et pénal très prononcé, et ne touchent au droit privé que très indirectement, en tant que ce que la loi défend, particulièrement sous la menace d'une peine, constitue un fait illicite, qu'on ne peut ni exiger, ni s'engager à faire. J'ai en vue, comme on le comprend, d'abord les dispositions sur le travail des enfants, des adolescents et des femmes, le maximum de la durée du travail, les jours de repos, etc., puis les mesures générales pour la sécurité du travail, l'hygiène, la moralité, et enfin les mesures spéciales pour certaines branches d'industrie dangereuses, ou certains modes de travailler qu'il est à propos de défendre ou de soumettre à des conditions. Le caractère local de toutes ces dispositions enlève à leur com-

paraison à peu près toute importance pour le droit international privé. Il en est tout autrement pour le droit administratif international. Les dispositions légales de cette nature tendent à se rapprocher les unes des autres, non seulement par l'unité du but social, mais encore par l'intérêt de l'industrie dans chaque Etat. Les nouvelles conditions du travail rendent, tout au moins au début, la tâche de l'industrie plus difficile : elles peuvent l'empêcher de prendre une part active à la concurrence internationale. C'est par suite de ces considérations que des esprits élevés ont tenté d'arriver à une entente internationale pour obtenir l'unification des conditions économiques du travail. Ce mouvement, dirigé par de hautes personnalités, est encore à ses débuts. Mais dans tous les cas il se trouve placé hors du cadre de notre travail actuel.

Enfin je mentionnerai ici, pour y revenir plus tard, les assurances ouvrières. On peut essayer de rattacher aux obligations, dérivant naturellement du contrat de service, un devoir de garantie du patron quant aux accidents qui frappent l'ouvrier, et l'on pourrait tenter d'en agir de même pour le cas d'invalidité, de maladie, de mort prématurée ou même de vieillesse ; mais, quelle que soit la valeur théorique de ces idées, les lois ne se prononcent que sur des questions pratiques. Elles ont attaché une obligation de garantie à la profession ou imposé, dans le même esprit, l'assurance obligatoire. C'est cette dernière mesure sociale qui me semble dominer la matière, et c'est pour cela que je me propose d'en parler à propos des assurances, sans méconnaître la prédominance du droit public dans la matière.

Ces considérations me dispensent de m'occuper spécialement ici de l'application du droit privé au contrat de service des

ouvriers. Ce que j'ai dit du contrat de service en général suffit. Les modalités du travail sont dominées par la loi du pays où le travail se fait. Quant à l'assurance, elle soulève quelques questions intéressantes qui viendront à leur tour.

B. **Domestiques.**

Les lois ont à ce sujet, plusieurs types. Les unes abandonnent à peu près tout à l'usage. D'autres ont réglé la matière pour la plus grande commodité du maître. C'est ce qu'avait fait le code civil français, dans son article 1781, aujourd'hui abrogé. L'art. 1639 du code civil néerlandais est même allé plus loin encore. La loi allemande sur l'entrée en vigueur du code civil a maintenu, pour les domestiques, les lois particulières des Etats, mais en partie seulement; son article 95 renvoie à un certain nombre de dispositions du code civil, entre autres les §§ 617—619 mentionnés plus haut, qui sont d'application générale, à moins que les lois particulières ne donnent au domestique des droits encore plus étendus que ceux du § 617. La loi abolit le droit de correction. Dans son manuel, COSACK indique le contenu du droit prussien. Le code fédéral suisse n'a pas renvoyé ici au droit cantonal, mais il tient largement compte de l'usage du lieu, particulièrement dans l'art. 344, qui mentionne les domestiques.

Le contrat de service des domestiques sera la plupart du temps conclu entre personnes domiciliées dans le même pays, et de telle sorte que la „domus", où les services doivent être rendus, s'y trouve aussi. Le juge de ce pays appliquera au contrat son propre droit national, tout en respectant les conventions que les parties peuvent avoir conclues dans les limites de l'autonomie que la loi locale leur accorde. Il applique-

rait le droit étranger si par hasard il avait à s'occuper d'une relation juridique qui s'est formée à l'étranger dans ces conditions. Si, ce qui sera rare aussi, le contrat s'est formé sous la face internationale, le lieu où les services doivent se rendre d'après le contrat, la „domus", fera pénétrer le contrat dans la vie active locale du pays où cette „domus" se trouve. Si les services mêmes sont internationaux, par exemple si un voyageur engage un valet de chambre pour le suivre dans un tour du monde, le contrat devra être interprété par les circonstances, sur la base d'un droit commun international.

On peut s'imaginer assez facilement le cas d'un déménagement, qui fait que le maître emmène ses domestiques dans un autre pays. Il est rationnel alors de considérer le contrat comme renouvelé par consentement mutuel, sans modification pour les points que la loi de la „domus" nouvelle abandonne à l'autonomie — le chiffre des gages par exemple — et sous l'empire de la loi du lieu de cette „domus" nouvelle pour ceux qu'elle a réglés d'autorité (1).

C. **Employés et apprentis de commerce.**

La loi allemande peut être citée ici comme une loi qui, indépendamment des dispositions générales du code civil et de l'ordonnance professionnelle (2), a développé la matière. Les employés de commerce et les commis en apprentissage forment dans le nouveau code de commerce une section particulière (§§ 59--83), plus étendue que celle qui se trouvait déjà dans l'ancien code. Les devoirs du patron et de l'employé ont été réglés en tenant compte de la profession dans laquelle les

(1) A. Rolin, sur l'art. 1780 c. c., III, p. 253.
(2) Dernburg, op. cit., II, 2, § 315.

services doivent être rendus. Notamment la concurrence éventuelle entre l'employé et le patron a fait l'objet d'une codification (1). La loi a aussi précisé les devoirs du patron-instructeur envers l'apprenti, et ce qui a trait à la rupture du contrat d'apprentissage. Quelques dispositions de la section des agents commerciaux, § 84 et suivants, s'appliquent à la relation de service, qui peut exister entre un agent et son principal.

Quant à l'application du droit, l'établissement auquel les employés ou apprentis sont attachés, aura ici l'importance que la „domus" a pour les domestiques (2). Les parties ne pourront pas s'écarter des dispositions prohibitives de la loi locale et, en général, les droits acquis conformément à la loi locale seront reconnus dans un pays étranger, quand même la loi de ce pays étranger aurait des dispositions prohibitives d'ordre local, qui n'admettraient pas ces droits. Il en serait autrement seulement s'il s'agissait d'une disposition contraire à la morale universelle (3), mais ce cas sera rare assurément.

Lorsque le commerçant a plusieurs établissements dans des pays divers, et qu'il transfère un employé d'un établissement dans un autre, il est rationnel aussi de considérer le contrat comme renouvelé par consentement mutuel, dans la mesure indiquée pour les domestiques.

L'employé peut avoir été engagé pour voyager, soit comme commis-voyageur proprement dit, soit comme chef ou commis d'une succursale lointaine, ou même comme explorateur. Le

(1) § 74, *H. G. B.*, Einführungsgesetz z. *H. G. B.*, 9 II.

(2) Conf. Tribunal d'Amsterdam 30 Juin 1905. Journal hebdomadaire n°. 8289. Le tribunal se décide d'après la lex contractus et la lex executionis réunies.

(3) Cour d'appel de Paris 12 Janvier 1898. Journal de *Clunet* 1898, p. 741. Biberfeld dans la Zeitschrift de *Böhm-Niemeyer* 1899, p. 294.

lieu où le service doit être rendu peut être indétermine, un continent entier peut être désigné, l'univers, si l'on veut. Cependant, comme les services se rattachent néanmoins à un établissement qui se trouve dans un pays déterminé, notamment l'établissement qui forme le centre des affaires du patron, la face internationale de la relation juridique entre l'employé et le patron sera dominée par la loi du pays où se trouve ce centre. On peut soutenir que c'est là que les services se rendent. Le § 68 al. 2 du code de commerce allemand est dans cet esprit, il repose sur l'idée que la loi allemande est applicable, lorsque l'employé a été engagé pour servir dans une succursale située en dehors de l'Europe. Je parle ici des relations entre patron et employé, et non des pouvoirs de l'employé à l'égard des tiers.

J'ajoute que les mesures administratives et fiscales, relatives aux commis-voyageurs étrangers, seront naturellement appliquées, par les juges des pays qui ont pris ces mesures (1), à tous les commis-voyageurs qui y exercent leur métier. Il va de soi aussi que les arrangements, conclus entre deux pays sur ce point, seront observés dans les deux pays.

D. **Marins.**

Les dispositions sur le contrat de service des marins, particulièrement en ce qui concerne la navigation maritime, remontent à une haute antiquité. Le droit maritime a été le précurseur des idées modernes sur la protection du travailleur par l'autorité publique. Dans la société restreinte du bord, les relations constantes de la vie journalière, le danger commun, et la nécessité du dévouement général en cas de danger ont

---

(1) Par exemple, pour l'Allemagne, Gew. Ord. §§ 44, 44a. Bekanntm. des Bundesraths, 27, II, 96.

produit une solidarité plus étroite. On peut dire aussi que des conditions équitables de travail, de rémunération et de garantie forment le pendant des sévérités de la discipline.

Une comparaison des lois, dans leurs détails, n'est pas nécessaire. Toutes les lois que j'ai consultées sont destinées à régler les droits et les devoirs de ceux qui appartiennent à la marine marchande nationale ou à la flotte de pêche. Les nations s'occupent du personnel de leur marine marchande, même dans les ports étrangers où elles entretiennent des consuls. Elles répriment la désertion commise dans un port étranger. Ce caractère national est encore plus marqué lorsque la marine marchande, comme cela est le cas en France, se rattache à la marine de guerre par l'inscription maritime (1). Quelque intéressante que soit une comparaison entre les principales lois, par exemple le code de commerce néerlandais, qui reproduit plusieurs dispositions de l'ancien droit des Pays-Bas, le code de commerce français et les ordonnances qui s'y rattachent, la loi belge du 21 Août 1879, le code de commerce allemand, avec la loi sur la navigation intérieure et l'ordonnance sur les marins, la „merchant shipping act" anglaise et les lois concordantes, ou plutôt presque concordantes en la matière, de la Suède, de la Norvège et du Danemark, il y a peu de chose à tirer de cette comparaison pour le droit international privé, tellement le caractère national des lois est prononcé (2).

Comme dans toutes les questions de droit qui se rattachent à la mer, la grande route internationale, la face locale des

(1) Lyon-Caen et Renault, V, n°. 321, sqq.

(2) Conf. § 1 de la *Seemannsordnung* allemande du 2 Juin 1902 (légèrement modifié par la loi du 23 Mars 1903), dans la *Zeitschrift f. d. G. H.* LII, p. 523.

relations juridiques est peu importante ici. Si le navire a enrôlé son équipage dans le pays auquel le navire appartient par son pavillon, le juge de ce même pays appliquera sa loi nationale ; si le navire est étranger, et s'il a fait l'enrôlement dans le pays dont il porte le pavillon, le juge appliquera la loi étrangère, quand même elle différerait de sa loi nationale dans des matières que celle-ci considère comme des mesures de protection sociale. Il est clair que c'est la société locale-nationale qu'il s'agit de protéger.

Par suite de la nature du commerce maritime, le navire enrôlera souvent son équipage dans un port étranger. Le juge du pays dont le navire porte le pavillon considérera le contrat comme soumis à la loi de ce pavillon ; il appliquera ainsi cette loi, à laquelle il doit obéissance, dans la sphère d'application qu'elle a tracée elle-même. Mais ce n'est pas là de la part du législateur une mesure arbitraire, c'est la conséquence du fait que la localisation des services à bord rattache la relation juridique à la vie, sinon purement locale, du moins nationale du pays dont le navire porte le pavillon (1). On peut même parler de vie active locale parce que la marine marchande d'un pays est, non pas fictivement mais véritablement, un territoire flottant. Il s'ensuit que le juge appliquera la loi du pavillon si le navire est étranger. L'application, par voie d'entente internationale (2), de la loi du lieu où le contrat d'enrôlement a été conclu, n'est pas à recommander, pour les Etats européens au moins. Il n'y a pas de rapport entre

(1) Von Bar, op. cit., II § 334. Diena, *trattato di diritto commerciale internationale* III, n°. 273. Wagner, *Handbuch des Seerechts*, I, § 17, p. 138. Conf. Westlake, op. cit., § 218.

(2) Traité de Montevideo (1889), droit commercial, art. 19 (Journal de *Clunet* 1897, p. 898). L'art. 20 soumet la discipline à bord à la loi du pavillon ou de l'immatriculation.

le lieu du contrat et les exigences juridiques de la vie active internationale, et il n'y a pas non plus d'intérêt pratique, les lois étant généralement rédigées de telle sorte qu'elles commandent leur propre application à la marine marchande nationale.

En principe, les effets du contrat de service maritime sont indépendants de la nationalité du marin. C'est par exception que les lois créent une différence, comme le fait le décret français du 22 Septembre 1891, quant au repatriement, sauf observation des conventions internationales (1). L'ordonnance allemande sur les marins (§ 71, j° 70) exige la réciprocité dans le cas spécial de ces paragraphes. Elle distingue aussi quelquefois entre le marin allemand et le marin étranger (2).

Dans le droit maritime international, la question de savoir si un navire porte légitimement un pavillon, peut donner lieu à des difficultés. Mais ces difficultés se rattachent plutôt à la propriété, aux hypothèques et aux privilèges qu'au contrat de service. Je me contente de les signaler.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, V, n°. 240.

(2) § 7, 46, 79. Conf. loi du 2 Juin 1902 (*R. G. B.* n°. 2872) sur le devoir de repatriement par les navires allemands. *Zeitschrift f. d. G. H.* 1902 p. 569).

2ième SECTION.

CONTRAT D'ENTREPRISE D'OUVRAGE.

§ 34. *Caractère général.*

Le contrat d'entreprise d'ouvrage dérive de la locatio operis du droit romain. Dans le droit français, il demeure rattaché au louage (art. 1779 c. c.) tout en formant une espèce distincte sous le nom de „devis et marchés". Il en est de même du code civil italien (art. 1627) et du code néerlandais (art. 1640). Le code fédéral suisse (titre XII) parle aussi de louage. Dans la classification d'ADDISON (1), le contrat d'entreprise d'ouvrage est rangé dans la même catégorie que le mandat et le dépôt; son caractère de louage est maintenu. Dans le code civil allemand au contraire, le contrat en question forme, sous le nom de „Werkvertrag" une catégorie particulière, distincte du contrat de service (§§ 631—651).

Cependant cette divergence n'entraîne pas de conséquences importantes. Les législations, qui ont fait de notre contrat une espèce de louage, n'ont pas réglé le louage en général. Et, en effet, il serait difficile de trouver des principes spéciaux, communs au louage d'une maison que le locataire se propose d'habiter, et au louage d'une maison que le „locator operis" entend faire bâtir. Même en ce qui concerne l'entreprise

(1) Op. cit., p. 282.

d'ouvrage, les dispositions spéciales ne sont pas nombreuses et les points de ressemblance dominent ceux de différence. Cela se comprend facilement. Il y a tant de sortes d'ouvrages. Le contrat par lequel une personne s'engage à traduire un livre ou à faire un portrait, et celui par lequel elle s'engage à bâtir un édifice ou à construire un navire ont bien des principes généraux communs, mais peu de principes spéciaux. A la rigueur, on pourrait tout déduire des principes généraux et de l'interprétation raisonnable du contrat. ADDISON ne donne guère que des cas. Les législateurs continentaux ont voulu éclairer le juge ; le code civil français a donné l'exemple, d'autres législateurs ont été plus loin.

---

§ 35. *Points de ressemblance et de différence.*

Les premiers dominent. Il y a cependant, dans les points de ressemblance, des nuances, qui dans un procès, où chaque syllabe de la loi a son importance, peuvent devenir fort sensibles.

La question de savoir où finit exactement l'entreprise (ou le louage) d'ouvrage et où commence la vente est une question antique, qui occupe encore les auteurs modernes (1) et au sujet de laquelle les lois fournissent quelques données, comme par exemple le § 651 du code civil allemand. La question ne se développera cependant, dans le droit international privé, qu'après qu'on aura reconnu qu'une loi est applicable ; avant cela elle est du domaine de la science pure. Il en est ainsi

(1) OPZOOMER, op. cit., sur l'art. 1640 du code civil néerlandais (art. 1787 du code français).

encore de la question de savoir si l'on a affaire à un ouvrier, qui met à la disposition d'autrui son travail, ou à un entrepreneur, qui se charge de faire un ouvrage. La question est importante dans plusieurs législations, sous le rapport de la prescription ou celui de la responsabilité du maître (1), mais elle ne vient qu'après coup. A mon avis, il faut dire la même chose de la question de savoir si l'entreprise est commerciale à raison de tel ou tel caractère.

Parmi les points où il y a ressemblance dans les lois, ressemblance qui n'est pas l'identité, sauf lorsqu'un code a traduit mot à mot un article d'un autre, je citerai le droit du maître de résilier le contrat, et les effets de la mort de l'entrepreneur. Le code suisse donne à l'entrepreneur, dans des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir (art. 364), le droit de demander une argumentation du prix ou la résiliation du contrat ; le droit allemand n'a pas reproduit cet article, mais Dernburg pense que dans des circonstances absolument imprévues, la bonne foi et l'équité conduiraient au même résultat. Le droit de rétention, de privilège, de gage ou même d'hypothèque de l'entrepreneur est assez général aussi, avec les nuances qui résultent déjà des modalités dans les expressions employées. La législation allemande, dans le § 648 du code civil, semble bien avoir songé à un immeuble situé en Allemagne, de même que le législateur belge, dans l'art. 27, 5°, de la loi hypothécaire, a dû avoir en vue des immeubles situés en Belgique. Même dans la question des risques, toutes controverses à part, controverses qui se trouvent même dans le nouveau droit allemand (2), on peut dire que les lois abou-

(1) Laurent, *Principes* XXVI, 4. Cosack, B. R. I, § 148, III, 4. Dernburg, op. cit., § 323, III.

(2) Dernburg, op. cit., § 318, II.

tissent en somme au principe du „periculum est conductoris" avec quelques variations (1). La différence que les lois, le code civil français et le code civil allemand par exemple, font quant à la vente, disparaît ici parce que l'entreprise d'ouvrage, même si elle devient une vente, est une vente d'un objet indéterminé ou une vente conditionnelle.

Il y a d'autres points qui peuvent passer pour des points de différence, bien que le silence d'une loi n'exclue pas l'application des principes qu'une autre loi exprime. Ainsi la loi suisse (art. 355 et suiv.) et le code civil allemand (§§ 633—635) ont réglé minutieusement les droits du maître à raison des défauts de l'ouvrage. Ces mêmes codes ont fixé des délais pour les réclamations. Le code suisse renvoie, dans son art. 362, aux délais déterminés dans les artt. 257 à 259 pour la vente; le code allemand a établi des délais spéciaux, qui vont jusqu'à 5 ans pour les constructions et qui peuvent être étendus par contrat. Le code civil français n'a un délai que dans l'art. 1792, pour les édifices, et encore cet article, par suite de la répétition que l'on trouve dans l'art. 2270, a-t-il donné lieu à des controverses, que le code civil italien a résolues dans son article 1639. Le code français, de son côté, et les codes qui l'ont suivi, ont, pour les architectes et entrepreneurs d'édifices, des dispositions particulières (Artt. 1792—1793 du c. c. français).

(1) Code civil français, artt. 1788—1791. Code c. néerlandais artt. 1641—1644. Code c. italien artt. 1635—1638. Code suisse artt. 367—368. Code c. allemand § 644, etc. Conf. Addison, op. cit., p. 399.

§ 36. *Application du droit.*

Cette application du droit présente aussi peu de particularités saillantes, ce qui s'explique encore par la variété immense des travaux qui peuvent être entrepris. La chose change un peu lorsque l'on tient compte de la profession, exercée par l'entrepreneur du travail. C'est un point à examiner plus tard. Cependant le contrat d'entreprise, même considéré en général, est plus international, de sa nature, que le contrat de service.

Lorsque le contrat d'entreprise d'ouvrage se conclut entre deux personnes domiciliées dans le même pays, par correspondance au besoin, et que le travail doit être fait dans ce pays ou que du moins le produit du travail y doit être livré, le contrat est localisé par tous ses éléments décisifs, et la loi locale sera appliquée par le juge national ou étranger. L'ordre public international n'est pas engagé. La nationalité des parties sera seulement un élément d'interprétation sauf, naturellement, dans les pays où la loi en a fait un principe. Cela va de soi. Les textes sont les textes.

Le contrat d'entreprise d'ouvrage peut avoir une portée aussi internationale que la vente. Il arrive souvent que l'on charge quelqu'un d'un ouvrage qui doit être fait au loin. On commande des navires, du matériel de guerre, ou plus pacifiquement des locomotives ou des dragues, dans les pays où l'on est sûr d'être bien servi. Des travaux de construction, des ports ou des canaux, font l'objet de soumissions internationales. Au lieu de chercher dans les principes, controversés depuis le premier mot jusqu'au dernier, la loi qui régit le contrat, j'aime mieux demander quand le contrat pénétrera, par un ou plusieurs éléments prépondérants, dans

la vie active locale d'un pays, pour lui appliquer alors le droit de ce pays. Cela sera le cas lorsque l'entrepreneur doit faire dans un pays un ouvrage qui se rapporte à la profession qu'il exerce dans ce pays. Il faut y ajouter le cas où il s'agit d'un gros ouvrage immobilier à exécuter dans le pays où la maître est établi, quand même l'entrepreneur n'y serait pas établi de son côté. Sous ce rapport ma solution se rapproche de celle de Rolin (1), avec cette différence que je fonde l'application de la loi sur la localisation des éléments prépondérants et non sur la volonté présumée, et que je ne localise pas toutes les entreprises immobilières, même lorsque les parties n'habitent, ni l'une ni l'autre, le pays où se trouve l'immeuble. Dans ce cas et dans les autres cas qui échappent à la localisation, je crois qu'on ne pourra déterminer le droit applicable que par les circonstances, sur la base du caractère obligatoire du contrat, en vertu du droit commun international.

---

(1) Op. cit., III, n°. 1245.

3IÈME SECTION.

LE MANDAT ET LA REPRÉSENTATION.

§ 37. *Examen général.*

La distinction entre le mandat et la représentation est la clef de bien des difficultés et je compte m'en servir sans escalader les hauteurs de la doctrine. Le mandat est la convention par laquelle une personne s'engage à faire un acte de la vie active pour le compte d'une autre personne ; cette dernière peut avoir de son côté, tout au moins éventuellement, une prestation à faire. La représentation, dans notre matière, est le pouvoir de créer par son fait un lien de droit pour un autre ; ce pouvoir peut dériver d'un mandat. J'espère distinguer suffisamment les deux institutions en les traitant séparément ; j'aurai d'ailleurs à m'occuper de législations qui ne séparent même pas.

Le mandat gratuit a d'antiques titres de noblesse, mais la vie pratique a rendu roturiers la plupart des offices, qui se rattachent au mandat ou à la représentation. Le plus souvent ils se font professionnellement, ce qui exclut la gratuité. Cependant la gratuité ou la non-gratuité sont des éléments importants de classification. Selon les législations, l'office salarié peut cesser d'être un mandat, soit généralement, soit en matière purement civile.

Je me propose de parler dans la section actuelle du mandat et de la représentation considérés en eux-mêmes, et de

traiter dans la section suivante de quelques formes de combinaison entre les contrats de service ou d'entreprise d'ouvrage et le mandat ou la représentation. Je ne fais que mentionner ici le titre émis sous forme de mandat, particulièrement l'assignation du droit suisse et du droit allemand ; les liens qui rattachent ces titres aux papiers de circulation sont plus solides que ceux qui les unissent au mandat.

---

§ 38. *Le mandat.*

A. **Quelques points saillants de comparaison.**

a. *formation du contrat.*

Les questions de capacité et de preuve n'ont ici rien de saillant. Quant à la forme il y a quelques particularités curieuses. Le texte de la loi française (art. 1985 c. c.) (1) soulève un doute quant à l'admission d'un mandat tacite. La loi néerlandaise a le même texte, mais le code civil italien admet en propres termes le mandat tacite (art. 1738). Il en est de même du code civil espagnol (art. 1710). La loi suisse et le code civil allemand ne spécifient pas la manière dont le mandat se forme. La loi suisse (art. 393) considère, dans les circonstances qu'elle indique (2), le mandat comme accepté, lorsque celui à qui il est offert ne le refuse pas immédiatement. Dans le droit allemand, la combinaison des §§ 663 du code civil et du § 362 du code de commerce,

---

(1) Laurent, *Principes*, XXVII, n°. 378 et suiv. Troplong, *du Mandat* n°. 118.

(2) Schneider-Fick, op. cit., ad art. n°. 3 et 4.

conduit à un résultat un peu différent ; le code civil ne parle que de l'obligation de communiquer sans délai un refus à l'auteur de la proposition ; le code de commerce considère, dans les circonstances données, la proposition comme acceptée par le fait du silence.

b. *gratuité.*

Le mandat du droit romain était essentiellement gratuit, et le code civil allemand a adopté le même principe, ce qui n'empêche pas que la gestion des affaires d'autrui puisse être le but d'un contrat de service ou d'entreprise, qui participe alors de la nature du mandat. Dans le droit français, néerlandais, suisse, italien, espagnol, entre autres, la gratuité n'est plus essentielle, ce qui entraîne la difficulté de distinguer le mandat salarié du louage d'ouvrage, et d'appliquer les dispositions légales à un contrat mixte, dans lequel l'ouvrage consiste en partie dans la représentation (1). Les controverses ne feront sentir leur influence qu'après qu'une législation déterminée aura été reconnue applicable.

c. *rapports entre les parties.*

Il y a un grand nombre de nuances très sérieuses.

Le code civil français (artt. 1988, 1989), et le code suisse (art. 394), entre autres, exigent pour certains actes un mandat exprès ; le code allemand fait dépendre l'étendue du mandat de l'interprétation de son contenu.

Le mandataire est naturellement tenu de faire ce qu'il s'est engagé à faire et de rendre compte de ce qu'il a fait, mais il y a des différences dans la manière dont les lois

---

(1) TROPLONG, op. cit., n°. 155 et suiv.

expriment ces obligations. Le code civil français (art. 1994) ne dit pas d'une manière absolue que le mandataire a le droit de substitution, mais il le fait répondre, dans deux cas spéciaux, de celui qu'il s'est substitué. Le code allemand (§ 664) ne lui permet pas en principe la substitution, mais en ajoutant que si elle est permise, le mandataire ne répond que du bon choix ; la loi distingue soigneusement entre le remplaçant et l'auxiliaire. Le code suisse présente aussi quelques nuances (artt. 396, 397). Ce dernier code (art. 395) et le code allemand (§ 665) ont réglé jusqu'à quel point le mandataire peut s'écarter de ses instructions. Il y encore des nuances quant à la responsabilité, quant à l'obligation de payer des intérêts, etc.

Indépendamment des effets attachés à un salaire convenu, il y a aussi certaines variations quant aux obligations du mandant. Naturellement le mandant doit rembourser au mandataire les dépenses que ce dernier a faites ; le code civil allemand veut qu'il les avance, sur demande (§ 669). Par contre, il ne dit pas d'une manière générale, comme le code français, par exemple (art. 2000), que le mandant doit indemniser le mandataire des pertes essuyées à l'occasion de la gestion, sans imprudence imputable.

Le code civil français, entre autres, établit la solidarité légale, en cas de pluralité de mandants pour une affaire commune, mais non pas en cas de pluralité de mandataires (artt. 1995, 2002). Le code suisse (art. 401) la statue même dans ce dernier cas, si l'acceptation a été faite conjointement. Il ajoute que dans ce cas les actes faits conjointement peuvent seuls obliger le mandant.

Quant au droit de rétention, avec ou sans privilège, accordé au mandataire en général, au mandataire commercial en

général, ou au commissionnaire en particulier, il appartient plutôt à la doctrine des droits réels. Je me réserve d'en parler en passant, à l'occasion du contrat de commission (1).

d. *révocabilité.*

La révocabilité du mandat et le droit du mandataire de résigner ses fonctions sont généralement admis, mais encore non sans variations. Le code français (artt. 2003 et suiv.) et les lois qui l'ont suivi font cesser le mandat par la mort, l'interdiction ou la déconfiture (faillite) soit du mandant, soit du mandataire. Il y a des nuances dans les termes. Le code civil allemand, au contraire, a établi, par voie de présomption, que la mort ou l'interdiction du mandant ne font pas cesser le mandat, alors que la mort du mandataire le fait cesser, en cas de doute (§ 672, 673).

e. *mandat commercial.*

Indépendamment du contrat de commission, certaines législations font une différence entre le mandat civil et le mandat commercial. Il en est ainsi notamment du code de commerce italien, qui, après avoir indiqué dans son art. 349 (jº. art. 4) (2) ce qui fait qu'un mandat est commercial, règle longuement ses effets spéciaux. Le code fédéral suisse parle du mandat commercial dans son art. 428. Le code de commerce espagnol traite du mandat mercantile en même temps que de la commission (3), dans son art. 244 ; il en donne une définition

(1) Diena, op. cit., II, nº. 156.
(2) Diena, op. cit., II, nº. 151. Vivante, *Trattato d. d. c.*, I, nº. 96.
(3) A. Bonilla y San Martin, *Derecho Mercantil Esp.* 21, p. 129. Pour le droit ancien Reus y Garcia, *C. d. com.*, art. 116, note 1.

un peu différente de celle que les auteurs italiens tirent du texte de leur code national. Pour moi, je n'attache pas une grande signification à la distinction, passablement arbitraire, du mandat civil et du mandat commercial. Ce n'est qu'après que la loi applicable a été reconnue, qu'on peut décider, d'après cette loi, si la relation juridique est civile ou commerciale. Je reconnais cependant que pour le droit italien, l'art. 58 du code de commerce, qui fait une différence, quant à l'application des principes du droit international privé, entre les contrats civils et les contrats commerciaux, impose aux interprètes italiens l'obligation de décider d'abord si un contrat est civil ou commercial, parce que la loi applicable peut en dépendre. J'admire le talent avec lequel DIENA (1) s'est tiré de cette difficulté, et je m'abstiens naturellement de toute critique du droit positif italien.

B. **Application du droit.**

On peut admettre un certain parallélisme entre l'application du droit dans la matière du contrat d'entreprise d'ouvrage, et dans celle du mandat. La nature de ces deux contrats diffère certainement, surtout lorsque le mandat est gratuit, mais la différence n'est pas assez grande pour entraîner un autre principe d'application. De cette manière il n'y aura pas contradiction lorsqu'on aura affaire à un contrat mixte.

Lorsque la relation du mandat se forme entre deux personnes domiciliées dans le même pays, et que c'est dans ce même pays que doit se faire l'acte dont le mandataire s'est chargé, il y a lieu d'appliquer la loi de ce pays, la relation

(1) Op. cit., II, n°. 151. Conf. MARGHIERI, *Manuale* § 27, n°. 192.

étant ou bien locale-nationale, ou bien locale-étrangère. Cela n'exclut aucunement l'interprétation.

Le mandat se présentera souvent sous la face internationale, même dans la vie civile. On charge une personne d'agir dans un lieu où l'on ne peut pas agir soi-même. Les solutions qui veulent toujours renvoyer à une loi, soit à celle du lieu où le mandat se donne, soit à celle du lieu où il doit être exécuté, soit à toute autre loi indiquée d'avance, sont trop générales. Mais on peut rattacher à un cercle local de vie active le mandat, international par la face qu'il présente, lorsque le mandataire est chargé d'accomplir dans le pays, où il est établi, un acte de sa profession, et aboutir alors à l'application de la loi de ce pays, ce qui, comme toujours, n'exclut pas une interprétation, basée par exemple sur la nationalité commune des parties, et dérogeant à la loi applicable, dans toutes les matières que cette loi abandonne à l'autonomie. C'est avec plaisir que j'enregistre l'accord qui existe sous ce rapport entre DIENA et moi (1), bien que mon opinion ne se base pas sur une présomption de volonté. Dans les autres cas, le mandat échappe à une localisation générale, et il faudra recourir aux circonstances, sur la base d'un droit commun international.

Lorsque le mandat est régi par une loi, c'est cette loi qui déterminera s'il a le caractère commercial et quelles sont les conséquences attachées à ce caractère. La même loi déterminera s'il y a solidarité d'un côté ou de l'autre. Sous ce dernier rapport on peut imaginer des difficultés lorsqu'il y a plusieurs mandants ou mandataires, habitant des pays différents, et qu'il n'est pas clairement établi que la même loi

(1) Op. cit., II, n°. 152, p. 284.

régit tous les rapports. Diena (1) se donne beaucoup de peine pour résoudre ces questions sans parvenir à me convaincre qu'il faille toujours appliquer la lex loci contractus ou executionis. Pour moi j'aime mieux abandonner la solution au juge d'après les circonstances ; pour qu'il y ait solidarité il faudra alors, ou bien qu'une loi qui régit toutes les parties l'établisse, ou bien qu'il soit certain que ceux qui ont donné ou accepté le mandat ont inspiré à la partie ou aux parties adverses la confiance que l'obligation serait solidaire. Si le cas était pratique, on pourrait recommander une entente internationale, mais il ne me paraît ni pratique, ni grave. On peut toujours, si l'on donne ou si l'on accepte un mandat aussi bizarre, établir la solidarité par convention.

---

§ 39. *La représentation.*

A. Caractère général.

J'ai déjà parlé de la distinction entre le mandat et la représentation. Le mandat, qui peut donner le pouvoir de représenter, crée entre les parties les relations qui viennent d'être examinées ; le pouvoir de représenter, en tant qu'il dérive d'un mandat, se manifeste aussi dans les relations entre parties, parce que le mandant doit accepter ce que le mandataire a fait en exécution du pouvoir, mais il se montre surtout à l'égard des tiers, parce que le mandant peut être lié à l'égard des tiers par ce qui a été fait.

C'est sous ce dernier rapport que nous constatons ici l'utilité

---

(1) Ibid, II, n°. 153, p. 292.

de la distinction. Le fondement du lien de droit, qui se crée entre le mandant et les tiers, est le devoir social attaché à la confiance inspirée par le mandant, au moyen de la déclaration de volonté, faite par le mandataire, fondé de pouvoir. Or, la confiance inspirée dépend bien du mandat, mais de son aspect extérieur plutôt que de sa nature intime. Le mandant peut être lié dans une mesure qui dépasse la volonté exprimée à l'égard du seul mandataire, si l'interprétation du pouvoir donné, telle que le tiers de bonne foi doit raisonnablement la faire, est plus large que l'intention du mandant. Le mandant peut être lié en vertu du pouvoir donné, même lorsque le mandat a pris fin, si le tiers a dû raisonnablement croire que le pouvoir existait encore. Le droit des tiers en somme, est le droit du public, dont l'ordre raisonnable de la société exige la sanction. Le pouvoir produit ainsi une *surextension* et une *survie* du mandat et ces effets se manifestent aussi dans le droit international.

Le code civil allemand a placé la représentation dans le livre premier, contenant la partie générale, et le mandat dans le deuxième livre, consacré aux obligations. Cependant il n'a pas rompu tout lien entre le mandat et le pouvoir de représentation qui peut en dériver (1). Les législations d'un modèle plus ancien, telles que le code civil français, néerlandais ou italien, n'ont pas séparé radicalement les deux institutions, mais lorsqu'elles s'occupent des effets du mandat à l'égard des tiers, c'est en réalité le pouvoir de représenter qu'elles ont en vue (2). Malgré les différences de doctrine, on peut donc comparer les lois du type français à celles du type

---

(1) DERNBURG, loc. cit., § 163, V.
(2) VIVANTE, op cit., nº. 244.

allemand, et se servir de cette comparaison pour l'étude du droit international.

Je vais me borner aux deux questions que j'ai appelées la surextension et la survie du pouvoir de représenter. Je n'ai à m'occuper que de la représentation qui résulte d'un contrat, mais ce contrat peut être non seulement un contrat de mandat pur, mais encore un contrat de service ou d'entreprise d'ouvrage, et même, comme nous le verrons plus tard, un contrat d'association. Pourtant on peut dire que tous ces contrats renferment alors quelques éléments d'un mandat, ce qui fait qu'en somme, dans la matière des contrats, la place occupée par le mandat est encore le meilleur endroit pour traiter des questions de surextension et de survie du pouvoir de représenter.

B. **Points saillants de comparaison.**

a. *surextension du pouvoir donné.*

Le code civil allemand n'a pas de règle générale sur l'étendue des pouvoirs, c'est au juge d'apprécier cette étendue d'après la teneur d'un pouvoir et la relation juridique sur laquelle il repose, mais je crois pouvoir dire, en m'appuyant sur ce que Dernburg (1) laisse entendre, que cette appréciation doit se faire, non pas sur la base de la volonté intime de celui qui a donné le pouvoir, mais sur la base de ce que le tiers a dû raisonnablement comprendre. Lorsque le pouvoir dérive d'une relation juridique visible pour le public, il comprend tout ce qui d'habitude dans la vie active est attachée à cette relation. Dans le droit commercial, la loi allemande exprime cette idée

(1) Dernburg, op. cit., I, § 163, V ; § 164 IV, note 9.

plus clairement que pour le droit civil, notamment dans le § 54 du code de commerce pour le fondé de pouvoir commercial, dans le § 493 du même code pour le directeur-gérant de l'armement, dans le § 527 pour le patron du navire de mer, etc.

Dans le droit français, dont le droit néerlandais ne s'est guère écarté, et qui ne présente pas nettement la distinction du mandat et du pouvoir, il faut parler de l'étendue du mandat à l'égard des tiers. Les articles 1987—1989 du code civil français, qui distinguent entre le mandat général et le mandat spécial, peuvent être considérés comme neutres, parce que le tiers à qui on présente un mandat général, doit raisonnablement comprendre sa portée, mais l'art. 1998 (art. 1844 du code néerlandais) rattache fortement le pouvoir au mandat tel qu'il a été donné. Le mandat commercial n'est pas spécialement réglé. Il faut donc appliquer le droit général : à peine peut-on dire, avec Troplong (1), qu'en matière commerciale l'interprétation sera plus large. Baudry-Lacanterie et Wahl (2) admettent cependant une exception, lorsqu'il y a *faute* du mandant, qui n'a pas suffisamment éclairé les tiers. Quant au capitaine de navire, la question des limites de ses pouvoirs est controversée, comme nous l'avons vu en traitant du contrat à la grosse.

L'antithèse du droit allemand et du droit français suffit pour faire comprendre la portée pratique des difficultés du droit international, et je ne m'étendrai pas sur les autres lois. Le code civil italien (conf. art. 1752) est à peu près dans l'esprit du code français (3), mais le code de commerce

(1) Troplong, *Du mandat* n°. 285. Conf. n°s. 604 et 605.

(2) Op. cit., XXI, n°. 780. Arrêt cassation fr. 17 Avril 1896. D. 97, 1, 40 cité en note.

(3) Vivante, op. cit., n°. 244. Conf. n°. 251.

a longuement réglé le mandat commercial (artt. 349—366) et la situation juridique des préposés, voyageurs de commerce et commis (artt. 367—379). L'article 370 s'occupe des tiers et l'art. 376 contient une disposition de droit international. Le code fédéral suisse a été fait sous l'influence de la science allemande. Il règle dans son premier titre les contrats conclus par représentants, en renvoyant au droit cantonal et aux dispositions spéciales du droit fédéral pour ce qui est du pouvoir de contracter pour autrui qui dérive, dans le droit privé, de relations de famille et de succession. De plus, il a une foule de règles spéciales sur les attributions des administrateurs de sociétés, des fondés de procuration et autres représentants ou mandataires commerciaux (1). Pour ce qui est du droit anglais, on peut voir une émanation du principe de la confiance inspirée dans la sect. 2 du „Factors act" de 1889 (52 v. 53 Vict. c. 45) sur l'effet d'une opération faite par un mandataire professionnel sans mandat positif. ADDISON (2) est disposé à généraliser une interprétation fondée sur l'étendue apparente du pouvoir. Les pouvoirs du capitaine de navire ont été déterminés soigneusement par une longue série de décisions judiciaires.

b. *survie du pouvoir donné.*

Quant à la survie du pouvoir de représenter, après que le mandat a pris fin, on voit apparaître, dans les codes français et néerlandais, entre autres, des dispositions générales, plus générales même que celles que nous trouverons dans le code allemand. Ces dispositions tendent à sauvegarder les

(1) Artt. 38, 39, 44, 423, 425, 426, 429, 560, 561, 598, 654.
(2) Op. cit., pp. 47, 55.

droits des tiers (1). Elles peuvent sembler étranges à ceux qui tiennent le pouvoir dans la dépendance du mandat, mais la vérité est que cette dépendance ne doit pas être exagérée. Le législateur néerlandais a réuni, dans l'art. 1855 de son code civil, les dispositions des artt. 2008 et 2009 du code français; la portée du deuxième alinéa de l'article du code néerlandais est plus étroite que celle de l'article 2009 du code français, d'après les meilleurs interprètes (2).

Le code civil allemand n'exprime pas d'une manière générale que le pouvoir de représenter, en ce qui concerne les tiers de bonne foi, survit au mandat ou à la relation juridique qui forme la base du pouvoir. Mais il fait de ce principe des applications très nombreuses, notamment dans les §§ 169—173; le § 169 vise les §§ 674 et 729. Les §§ 171 et 172 déclarent que le pouvoir donné par une annonce faite au public, ou au moyen d'un écrit, dure jusqu'à ce qu'il soit révoqué publiquement ou que l'écrit ait été repris ou déclaré invalide. Cette disposition, naturellement, ne vise que les tiers qui n'ont ni connu ni dû connaître le véritable état de choses. Le § 674 du code civil, auquel le § 675 renvoie, est dans le même esprit.

C. **Application du droit.**

La distinction entre le mandat et la représentation est de la plus haute importance ici. Si la représentation n'est pas dans la dépendance du mandat, on ne saurait dire d'une

(1) Artt. 2005, 2006, 2008 et 2009 du code civil français. Artt. 1852, 1853, 1855 du code néerlandais. TROPLONG, op. cit., ad artt. LAURENT, *Principes* XXVIII, n°. 115. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, op. cit., XXI n°s. 868 et suiv.

(2) OPZOOMER, op. cit., ad art. DIEPHUIS, op. cit., XIII, 132—133.

manière générale qu'elle est régie par le droit qui régit le mandat. Il faut, au contraire, tenir compte de ce qui s'est passé entre le représentant et le tiers, avec qui il a agi en vertu du pouvoir, particulièrement de la confiance que le pouvoir, tel qu'il est caractérisé extérieurement pour un homme sérieux, a inspirée au tiers. C'est là une exigence de l'ordre raisonnable de la vie sociale.

Lorsque tout se passe dans le même cercle de la vie active, il est évident que le juge appliquera le droit local-national ou local-étranger de ce cercle. Mais il peut arriver que le mandat soit régi par une loi et le contrat, que le fondé de pouvoir conclut avec le tiers, par une autre loi, en d'autres termes que le mandat et le contrat en question appartiennent à des cercles différents de la vie active.

Beaucoup de bons auteurs se sont occupés de la question, qu'ils ont considérée, conformément à la méthode traditionnelle qu'ils suivent, comme un choix à faire entre deux lois. Lyon-Caen et Renault (1) pensent qu'il s'agit de régler un effet du mandat, et que cet effet ne saurait être régi que par la loi qui régit le mandat. C'est aussi le système de Baudry-Lacantinerie et Wahl (2), avec cette complication même que ces auteurs tiennent le mandat sous la domination de la loi nationale commune du mandat et du mandataire, ce qui fait que c'est cette loi qui régit le droit du tiers. D'autres auteurs, notamment Brocher et Rolin (3) s'attachent à la loi qui régit le contrat conclu avec le tiers. Zitelmann (4), qui a traité de la représentation pour les actes

(1) Op. cit., III, n°. 547.

(2) Op. cit., XXI, n°. 794.

(3) Brocher, op. cit., II n°. 229. Rolin, op. cit., n°. 1397. Conf. Laurent, *Droit civil intern.*, VII, n°s. 454, 456.

(4) Op. cit., II, p. 211.

juridiques en général, penche aussi vers cette opinion. Elle trouve un appui dans l'art. 376 du code de commerce italien, et même dans l'art. 429 du code fédéral suisse (1). Von Bar (2) s'attache à la loi qui régit le mandat, mais il invoque le fait que la qualité de mandataire d'une personne domiciliée à l'étranger a dû éveiller la défiance du tiers. La considération n'est pas sans valeur, mais un peu trop générale. Diena semble admettre un principe différent pour l'extension du mandat et pour sa révocation (3). C'est avec raison que cet auteur refuse de donner un effet important à la nationalité commune du mandant et du tiers.

Comme toujours, j'ai cru qu'il était impossible que des savants respectables, comme ceux que j'ai cités, eussent adopté une opinion qui ne donnerait dans aucun cas un résultat raisonnable, et cette conviction m'a conduit à une conclusion qui me permet de m'abstenir d'un choix entre les deux lois, et de tenir compte de toutes les deux, dans une mesure raisonnable, conformément au principe de confiance, qui en somme triomphe dans cette matière de la représentation, et forme la base d'un véritable droit commun international.

Il s'agit en effet de savoir, avant tout, si les faits, qui se sont passés entre le fondé de pouvoir et le tiers, produisent un lien de droit, c'est-à-dire ici, à notre point de vue restreint, si le mandant est lié par le contrat conclu en vertu du pouvoir qu'il a donné. Cette question doit être résolue par le droit du cercle local de la vie active, auquel le contrat

(1) Conf. Münzinger, *Motifs du projet du code de commerce suisse* (trad. *Dufraisne*), p. 56—58.

(2) Op. cit., II, n°. 291, où l'on trouve cité un arrêt de la Haute Cour Commerciale du 4 Déc. 1872.

(3) Op. cit., II, n°. 160.

appartient ou dans lequel il entre par un élément prépondérant; c'est là une exigence de la vie active universelle. Mais l'application raisonnable de ce droit ne peut avoir lieu, sans tenir compte de celui qui régit le mandat; il faut en effet que le mandant ait fait appel à la confiance du tiers et que le tiers ait eu des raisons sérieuses d'avoir confiance. Il s'ensuit d'abord que le mandant ne pourra pas se soustraire aux conséquences de la loi qui régit le mandat; le tiers a pu avoir confiance dans l'étendue que cette loi donne au pouvoir et dans la survie éventuelle qu'elle lui accorde. Il s'ensuit encore que le tiers qui invoque la loi, régissant le contrat qu'il a passé avec le fondé de pouvoir, verra repousser sa prétention, s'il est établi qu'il a été imprudent, en ne tenant pas compte, dans la mesure raisonnable, de la circonstance que le mandat était régi par une loi étrangère. C'est la part de vérité que renferme la remarque de von Bar citée plus haut, seulement je n'en fais pas la base d'une règle absolue.

Les complications de la vie active peuvent être tellement grandes qu'il n'est pas possible de ramener à une loi le contrat fait par le fondé de pouvoir, de sorte qu'il faudra appliquer le droit commun international. Mais il s'agira toujours d'interpréter l'impression que le pouvoir, tel qu'il a été présenté au tiers, a dû faire sur un homme raisonnable et sérieux, et de cette manière la loi qui régit le mandat pourra exercer l'influence qui lui appartient. Pour le cas extraordinaire où le mandat aussi échapperait à une localisation, le juge serait libre de former sa conviction au moyen du principe de confiance, conformément aux exigences juridiques de la vie active universelle.

Je ne me flatte pas de l'idée que la solution donnée, sur

la base du principe de confiance, sera admise facilement partout, tant que ce principe lui-même sera controversé et même nié. Mais c'est un point de doctrine, que les législateurs eux-mêmes ne pourraient guère écarter par des textes concordants; des dissentiments scientifiques sont possibles même lorsque les textes sont identiques.

Il y a d'ailleurs dans la vie active internationale un autre inconvénient non moins grave, c'est l'absence des dispositions uniformes ou du moins concordantes sur la publicité à donner aux pouvoirs commerciaux ou professionnels et à leur révocation. Les dispositions des lois, par exemple l'art. 425 du code fédéral suisse, l'art. 374 du code de commerce italien, les §§ 53 du code de commerce et 176 du code civil allemand, n'ont pas une portée universelle. Von Bar a compris cet inconvénient. Seulement ce n'est pas un argument en faveur d'un système; l'inconvénient existe quelle que soit la loi à laquelle on renvoie, il se fera seulement sentir autrement. Mais il est certain que l'organisation internationale d'un système de publicité n'est pas chose facile.

4ième SECTION.

QUELQUES COMBINAISONS DU CONTRAT DE SERVICE OU D'ENTREPRISE D'OUVRAGE AVEC LE MANDAT ET LA REPRÉSENTATION.

§ 40. *Le contrat de service avec mandat ou pouvoir représentatif.*

A. **Considérations générales.**

Il est évident que le maître peut charger un employé de faire une ou plusieurs opérations pour son compte et qu'il peut aussi lui confier le pouvoir de le représenter. Le cas où l'employé agit pour le compte, mais non pas au nom de son maître, ne présente pas un intérêt particulier, mais il en est autrement lorsque l'employé agit au nom du maître. Cette représentation peut dériver d'un mandat positif, comme elle peut être attachée aux fonctions même confiées à l'employé. Lorsqu'il y a contrat de service avec représentation, les tiers acquerront directement, par le fait de l'employé, une action contre le maître et réciproquement.

Le code civil allemand a prévu dans son § 675 la combinaison du mandat et du contrat de service, ce qui était d'autant plus nécessaire que le mandat pur, d'après le code allemand, est gratuit. Une série de §§ du titre du mandat

est déclarée applicable au contrat mixte. C'est à la science allemande qu'il appartient de déterminer exactement les effets de ce contrat. Le code fédéral suisse prévoit aussi, dans son article 428 déjà cité, une combinaison du mandat commercial et du louage de services ; le mandat est déclaré révocabie en tout temps, sans préjudice des droits résultant du louage de services, et la loi ajoute que la mort du chef de la maison n'éteint pas la procuration ou le mandat.

Dans les législations qui, comme la nôtre, n'ont pas prévu la combinaison, elle peut aussi se présenter. La construction juridique du cas est fort difficile lorsque la loi admet un mandat salarié et qu'elle fait des différences notables entre ce contrat, considéré comme mandat, et le louage de services. Mais dans le travail actuel il suffit de mentionner en passant ces difficultés, qui devront être résolues après qu'on aura reconnu qu'une loi déterminée est applicable. Dans tous les cas, qu'il y ait mandat salarié ou louage de services représentatifs, il y a représentation et il y a lieu de voir quels sont ses effets.

Il y a enfin, dans un certain nombre de lois, des dispositions légales particulières pour certaines combinaisons. Ces dispositions visent surtout les rapports entre le maître et les tiers.

B. **Dispositions légales pour certaines combinaisons.**

C'est principalement dans les codes de commerce que l'on trouve des dispositions spéciales, ce qui se comprend par le fait que le commerçant se sert très souvent d'employés avec fonctions représentatives. On ne trouve pas ces dispositions dans tous les codes de commerce et ceux qui les ont, pré-

sentent les plus grandes variétés. Dans chaque droit national on peut ranger systématiquement les diverses fonctions représentatives; pour le droit international on ne le peut pas, avant d'avoir établi l'applicabilité d'une loi. D'ailleurs, dans la vie active internationale surtout, les dénominations, que les employés prennent, n'indiquent que très imparfaitement leurs fonctions; comme VIVANTE (1) le dit fort bien, on décore de noms pompeux les offices les plus humbles. Ce sont surtout les noms d'„agents", de „représentants" qui ont un caractère vague, lorsque les lois ne les ont pas définis.

Quelques exemples démontreront combien les lois qui s'occupent de certaines combinaisons diffèrent entre elles, et surtout combien elles diffèrent des lois qui n'ont pas donné de dispositions spéciales.

Le nouveau code de commerce allemand a consacré une section (livre I sect. V) à la procuration et au mandat spécial pour les affaires commerciales. L'esprit est celui du V[ième] titre du livre premier de l'ancien code; la rubrique est devenue objective, et la section a reçu surtout les modifications nécessitées par l'existence du code civil (2). Sans entrer dans les détails, je relève dans la section la différence que la loi fait entre la procuration et le mandat commercial. L'étendue de la procuration ne peut être limitée à l'égard des tiers (§ 50), mais la loi elle-même dit qu'elle ne s'étend pas, sans stipulation expresse, à l'aliénation et à l'hypothécation des immeubles. La procuration peut être collective, et bornée à un établissement secondaire, distinct par son appellation de l'établissement principal. La procuration doit être rendue publique par le moyen du registre commercial (§ 53), elle

(1) Op. cit., I, n°. 273.
(2) *Denkschrift*, p. 23, sqq.

est révocable, mais la révocation doit être publiée aussi (§ 53 j°. § 15). Le mandat, spécifié dans le § 54, a aussi, à l'égard des tiers, une étendue que la loi détermine en tenant compte de la manière dont il a été donné, et en ajoutant qu'un tiers n'est pas tenu d'admettre que le mandat a des limites plus étroites, à moins qu'il n'ait connu ou dû connaître ces limites. La procuration et le mandat commercial ne sont pas transmissibles ; il y a une nuance dans les termes (§§ 52, 58), mais, dans les deux cas, la stricte personnalité des pouvoirs existe aussi à l'égard des tiers. La loi a encore un § pour les commis-voyageurs, auxquels elle applique le § 54 lorsqu'ils se trouvent dans un endroit où le patron n'a pas d'établissement ; la loi dit qu'ils ont le pouvoir de toucher le prix de ce qu'ils vendent et de consentir des délais pour le paiement de ce prix ; ils ont aussi un pouvoir passif de représentation (§ 55 in fine). La disposition sur le commis de magasin (§ 56) n'a qu'un intérêt local.

Le code suisse a un titre entier, le XV[ième], consacré aux mêmes matières. Ce titre a été inspiré par l'ancien code de commerce allemand, mais il n'a pas été copié servilement. La procuration peut être donnée par un non-commerçant, mais elle n'a que les effets ordinaires de la représentation tant qu'elle n'est pas inscrite au registre du commerce (1). L'art. 423 et l'art. 424 s'occupent de l'étendue de la procuration, consacrent le principe de *l'illimitabilité*, comme le dit le traducteur de l'exposé des motifs du projet Münzinger. La loi règle aussi, dans l'art. 426, l'étendue du mandat commercial, qui n'est pas illimitable (2). La disposition de l'art. 427

(1) Art. 422, al. 3. Schneider-Fick, ad art. n°. 7. *Exposé des motifs d'un projet de code de commerce*, par Münzinger, p. 52, sqq.

(2) Schneider-Fick, ad art.

(ancien art. 56 du code allemand) se rapporte à la concurrence entre le patron et son employé.

Le code de commerce italien s'écarte assez sensiblement du code allemand primitif et du code suisse. Après avoir réglé, dans la première section du titre XII (Livre I), le mandat commercial en général, il consacre trois sections aux fondés de pouvoirs (institori) et représentants, aux commis-voyageurs de commerce et aux commis de maison. Les dispositions les plus caractéristiques sont celles des artt. 369 et 370. Le mandat peut être exprès ou tacite. Le mandat exprès est limitable, pourvu que la limite ne soit pas contraire à l'ordre public (1), il doit être publié, ainsi que sa révocation (art. 374). Le mandat tacite est en principe illimité, dans la sphère du commerce auquel il s'applique, mais le préposant peut opposer au tiers les limites que ce dernier a connues. Il peut être révoqué publiquement, à ce que dit Vivante (2).

Les dispositions du code italien sur les commis-voyageurs, (artt. 377, 378) sont bien moins larges que les dispositions correspondantes du code suisse ou allemand.

Parmi les employés qui ont un pouvoir de représentation dérivant des fonctions qui leur sont confiées, il faut citer le capitaine du navire de mer ou du navire de trafic intérieur. Je n'insiste plus ici sur la difficulté de distinguer entre ses pouvoirs en ce qui concerne ses commettants, et ses pouvoirs à l'égard des tiers.

Le gérant de l'association, de la société à forme corporative ou de l'armement maritime peuvent être aussi des employés avec mandat représentatif. Au reste, quand il s'agit d'un associé-

---

(1) Vivanté, op. cit., I, n°. 267.
(2) *Ibid*, n°. 271.

gérant, il y a aussi à tenir compte de la distinction entre le contrat de société, qui produit des rapports entre les parties, et la représentation, qui dérive aussi du contrat de société, mais qui n'en dépend pas nécessairement en ce qui concerne les tiers. Je reviendrai sur ce point.

C. **Application du droit.**

Lorsque le contrat est mixte, il faut tenir compte des deux éléments qui s'y trouvent, et si l'on reconnaît que le contrat de service et le pouvoir de représenter sont deux choses distinctes, on comprendra qu'ils peuvent être régis par des lois différentes.

Pour ce qui est du contrat de service, en tant qu'il établit des relations de service entre le maître et l'employé, il n'y a pas à examiner de nouveau les questions qui ont été passées en revue plus haut. S'il y en outre entre les parties une relation de mandat ou si un pouvoir de représentation est attaché aux fonctions, il y aura, d'après les principes posés plus haut, *en tant qu'il s'agit des parties*, un parallélisme parfait entre l'application du droit au contrat de service et l'application du droit au mandat ou au pouvoir de représenter. C'est ainsi que l'on décidera si le maître a le droit de révoquer le mandat ou le pouvoir, sans préjudice du maintien des obligations qui résultent du contrat de service. Le code suisse le décide ainsi (art. 428), mais on conçoit que cela peut être admis par interprétation raisonnable de la loi ou du contrat, sans qu'on ait besoin d'un texte.

Le centre de la difficulté est l'effet du pouvoir de représenter à l'égard des tiers, particulièrement en ce qui concerne l'étendue et la surextension éventuelle, la révocation et la

survie éventuelle du pouvoir de représenter. Lorsque tout se passe dans le même cercle de vie active locale, il n'y a pas à hésiter, le droit qui régit les rapports entre le maître et l'employé sera le même que celui qui régit les rapports entre le maître et les tiers. Mais fort souvent l'employé mandataire ou fondé de pouvoir aura agi dans un pays autre que celui où le maître est établi. L'„institore" de l'art. 367 du code de commerce italien, le facteur ou chef de factorerie de l'art. 11 du code de commerce néerlandais, seront souvent établis à l'étranger pour y faire des affaires au nom d'une maison ; le commis-voyageur va et vient d'un pays à un autre.

Je crois qu'il n'y a lieu de revenir sur ce que j'ai dit quant à la représentation, que pour confirmer les principes posés plus haut.

L'appréciation de l'étendue des pouvoirs de l'employé-représentant à l'égard des tiers et celle des effets d'une révocation doivent être faites au moyen d'une application des deux lois qui peuvent être en présence, celle qui régit la relation entre le maître et l'employé, et celle qui régit la convention que l'employé conclut. La question de savoir si le maître est lié par cette convention, doit être appréciée, en principe, d'après la loi qui régit la convention en question, ce qui est parfaitement juste parce que le maître pénètre par son représentant dans le cercle d'une vie active étrangère, mais l'application raisonnable de cette loi doit avoir lieu en tenant compte de la loi qui régit la relation entre le maître et l'employé. Le tiers pourra toujours soutenir que le maître est lié dans les termes du pouvoir qu'il a donné, mais il pourra aller plus loin, à moins qu'il ne soit établi qu'il a agi en homme imprudent, en négligeant de tenir compte raisonnablement de la circonstance que le pouvoir a été donné par une personne

établie en pays étranger. Une instruction secrète, une révocation qui n'a reçu aucune publicité, n'empêcheront pas que le maître ne soit lié, mais si le pouvoir a été révoqué légalement, dans le sens de la loi qui régit la relation entre maître et employé, et avec une publicité de fait suffisante, aucun juge n'admettra facilement que le tiers a pu se fier, sans faire une enquête, à la personne qui vient traiter avec lui au nom d'une maison étrangère.

§ 41. *Le contrat d'entreprise d'ouvrage avec mandat ou pouvoir représentatif.*

A. **Caractère général.**

L'ouvrage qu'une personne, qui n'est pas au service d'une autre, peut s'engager à faire pour cette personne, moyennant salaire, peut consister dans l'accomplissement d'un mandat ou dans une représentation. La construction juridique variera essentiellement d'après les lois et même d'après les doctrines ; les uns verront dans le contrat en question un mandat salarié (1), les autres un louage, ou des contrats spéciaux de médiation, de courtage, de commission. Le droit international, examiné au point de vue d'une loi qui garde le silence sur les soi-disant conflits, peut se désintéresser ici dans la question de construction juridique ; ce n'est pas cette construction qui détermine le droit applicable, au contraire, c'est la loi applicable qui détermine le caractère d'un contrat. Il en serait autrement, comme nous l'avons déjà vu en ce qui concerne les contrats

(1) Dernburg, op. cit., II, 2, § 337, II.

commerciaux, si une loi avait dit, par exemple, que le mandat est régi par telle ou telle loi, le louage d'ouvrage par telle autre ; le juge alors, avant de déterminer la loi applicable, devrait décider si le contrat est mandat ou louage d'ouvrage, question qu'il serait bien forcé de décider d'après la lex fori, puisque c'est cette loi qui lui donne une instruction.

Pour ne pas répéter inutilement ce que j'ai dit du contrat d'entreprise d'ouvrage, du mandat et de la représentation, je ne mentionnerai ici que ce qui est nécessaire pour caractériser les formes du contrat mixte de louage ou d'entreprise d'ouvrage, qui sont les plus remarquables et que les lois ont spécialement réglées. J'ai en vue le contrat de courtage et le contrat de commission. L'ouvrage à faire se compose d'une médiation dans les deux cas ; ni le courtier ni le commissionnaire ne promettent de réussir, mais la médiation est un travail comme un autre. Si l'on voulait distinguer rigoureusement entre le courtier et le commissionnaire, il faudrait dire que le courtier agit au nom et pour le compte d'un autre, alors que le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte d'un autre, mais cette distinction rigoureuse n'est pas suivie dans toutes les lois.

Il y a bien d'autres contrats qui pourraient être placés dans notre rubrique. J'en parle seulement pour dire que je n'en parlerai pas longtemps.

Ainsi le nouveau code de commerce allemand (1) s'occupe des agents de commerce, qu'il distingue soigneusement des employés. Le code leur consacre une section entière (§§ 84—92). Ils peuvent être simples intermédiaires-préparateurs ou véritables représentants. La loi s'occupe, entre autres points, de l'appro-

---

(1) Cosack, *Handelsrecht*, § 44. Dernburg, op. cit., II², § 340.

bation des affaires conclues par l'entremise d'un agent-préparateur (§ 85), de la provision, des dépenses faites par l'agent, de son droit de demander un extrait des livres du patron, du droit de dénoncer la relation, etc. Toutes ces questions peuvent se présenter dans les pays où les lois sont muettes. Ce n'est pas au droit international d'y répondre. L'application du droit aux relations entre les parties devra être faite selon que le contrat sera local-national, local-étranger ou international; et la représentation, si elle existe, sera régie par ses propres principes.

Il y a encore dans les lois un grand nombre de médiateurs spéciaux, le commissionnaire de transports, appelé „spediteur" dans le § 407 du code de commerce allemand et „expediteur" dans notre code néerlandais, le courtier d'assurances, le courtier d'émigrants (visé, par exemple, dans les lois néerlandaises du 1 Juin 1861 et du 15 Juillet 1869), le courtier de placement des marins (loi allemande du 2 Juin 1902), etc. Quant à ces deux derniers, les lois ont un caractère de police professionnelle qui les localise naturellement.

B. **Courtiers.**

Il y a abondance de points de comparaison, mais la plupart des dispositions légales ont un caractère réglementaire. Elles organisent l'exercice d'une profession, et s'appliquent à ceux qui exercent cette profession sur le territoire du pays où elles sont en vigueur.

A l'origine, les lois ont voulu favoriser le commerce, en instituant des interprètes-médiateurs officiels, des protecteurs des étrangers. Le vieux droit parlait de „proxenetæ", mot qui est tombé aussi bas que possible. Logiquement, la garantie

officielle de la probité a dû avoir pour conséquence un monopole, et ce monopole a dû engendrer des mesures destinées à le maintenir. Mais le commerce n'aime pas les monopoles, parce que ceux qui les ont sont tentés d'en abuser, et qu'aucune autorité ne saurait donner à des personnages officiels le monopole de l'habileté professionnelle. Le courtage marron s'est maintenu. Les pénalités sont souvent tombées en désuétude et la liberté tend à s'établir. Mais l'évolution est lente, irrégulière; elle n'a pas atteint partout le même degré de développement.

En France, en outre des dispositions du code de commerce, il y a tout un monde de décrets et de règlements sur les agents de change, monopolistes en droit, et sur toutes sortes de courtiers, monopolistes ou non (1). En Allemagne le code civil s'occupe du contrat de courtage, y compris le courtage matrimonial, qui, pour le droit international, ne semble avoir qu'un intérêt de curiosité. Le code de commerce allemand, § 93 et suiv., règle les droits et devoirs des personnes qui s'occupent par profession des médiations énumérées dans ce § 93, et la loi du 22 Juin 1896 sur les bourses a donné lieu à la création de courtiers officiels pour la cote, dont les droits et les devoirs sont déterminés en partie par la loi en question, et pour une autre partie par les législations particulières des Etats. Dans les Pays-Bas, il y a des courtiers officiels, nommés par les administrations communales, et le code de commerce règle soigneusement (artt. 62—73) leur situation juridique, mais il n'y a pas de monopole; pour les courtiers libres, la loi renvoie aux règles du mandat. En Belgique, les professions de courtier et d'agent de change sont libres; la loi

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 871 sqq., 1010 sqq.

du 30 Décembre 1867 (1) a conservé les deux expressions. En Italie, le principe est la liberté, mais le règlement royal pour l'exécution du code de commerce, après avoir établi dans son art. 26 que la profession d'intermédiaire est libre, admet l'existence de courtiers inscrits ou publics et la nécessité de leur intervention pour certaines opérations légales. VIVANTE les appelle „privilegiati" (2). Dans la Confédération suisse, la loi fédérale renvoie aux législations cantonales pour les intermédiaires de profession (art. 405). SCHNEIDER-FICK donnent une courte notice historique sur cet article et disent qu'il s'applique entre autres aux bureaux de placement de domestiques, d'insertion d'annonces, etc. Ils citent quelques lois et ordonnances cantonales.

Les dispositions des lois sur les rapports juridiques, qui naissent du contrat de courtage, portent l'empreinte du caractère que chaque loi donne à l'institution, ainsi que des différences des doctrines juridiques. Notre législation néerlandaise a essayé de faire du courtier un personnage officiel impartial; elle lui défend de faire le commerce dans sa branche. (art. 65 c. d. c.) et elle attribue à ses livres une certaine puissance de preuve entre les parties (art. 68). La loi belge et la loi italienne sont dans un tout autre esprit, cependant elles supposent toutes deux (c. d. c. italien, art. 31, loi belge de 1867, art. 67) que le courtier, qui agit sans indiquer le nom de son client, se rend personnellement responsable, ce qui tend à rendre élastique la distinction entre le courtier et le commissionnaire. Le code de commerce italien, art. 858, va jusqu'à déclarer banqueroutier simple le courtier qui tombe

---

(1) NAMUR, *Le code de comm. belge revisé* I, p. 156 sqq.
(2) VIVANTE, op. cit., I, § 22.

en faillite. Mais je n'insiste pas sur ces différences, tellement le courtage a un caractère local.

Même pour l'application du droit je crois pouvoir me contenter de rappeler les principes exposés. Le contrat de courtage les confirme. Si le courtier n'est pas toujours chargé de faire, dans le pays où il exerce son ministère, une opération dans l'intérêt d'une personne qui habite ce même pays, on peut dire que ce qui domine c'est l'obligation professionnelle du courtier, obligation qu'il doit remplir régulièrement au lieu où il exerce sa profession. C'est en vue de sa connaissance du marché qu'on s'adresse au courtier. Les obligations entre le courtier et son client ou ses clients seront donc régies, tellement régulièrement qu'on peut négliger les exceptions, par la loi du lieu où il exerce son ministère. Si le courtier a un pouvoir représentatif, ce qui est aussi le cas ordinaire, ses pouvoirs seront déterminés par les principes indiqués plus haut pour la représentation et qui reçoivent ici une nouvelle confirmation. L'étendue et la surextension des pouvoirs du courtier, seront des questions d'interprétation, dans lesquelles plusieurs lois pourront jouer un rôle, et il est aisé de comprendre, si le courtier a agi, après la mort de son client, avec un tiers qui ignorait de bonne foi cette circonstance, que les héritiers pourront être considérés comme liés par l'opération faite au nom du défunt.

C. **Commissionnaires.**

a. *observation générale.*

Le contrat de commission, surtout lorsqu'il est conclu par un commissionnaire de profession, a pour le commerce inter-

national une importance plus grande que le contrat de courtage. Régulièrement le commissionnaire agit en son propre nom. Le code de commerce français, art. 94, alin. 2. et le code de commerce néerlandais, art. 79, dans la rédaction de la loi du 4 Juillet 1874, supposent bien qu'un commissionnaire peut aussi agir au nom de son client, mais cela ne peut être qu'une exception, étant donné le but économique de la commission. Le commissionnaire interpose son crédit, il unit les parties en se liant à toutes deux. La représentation, si l'on veut employer ce terme, est indirecte, le commettant agit incognito; on pourrait dire qu'il a l'actio mandati contre le commissionnaire et que ce dernier a l'actio mandati contraria contre lui.

Mais ce qui fait l'importance du contrat de commission et de la profession de commissionnaire, ce n'est pas la substance du contrat de commission, l'ensemble des rapports d'obligation entre le commissionnaire et le client; cette substance ne diffère pas sensiblement de celle d'un mandat du droit romain antique, d'un mandat sans représentation. Le contrat de commission trouve ses particularités dans le droit de préférence accordé au commissionnaire pour ses créances, que ce droit s'appelle „rétention" (code suisse, art. 442), „privilège" (art. 95 c. d. c. français), „privilège avec les effets du gage" (code de comm. néerl., art. 80 et suiv.), „gage légal" (§ 397 c. d. c. allemand) ou „lien" (droit anglais). Ce privilège est le véritable centre de gravité de l'institution. On peut y ajouter la prévision de la faillite du commissionnaire, en tant que celle-ci donne au commettant le droit de lever l'incognito et de dire aux tiers, particulièrement aux créanciers du commissionnaire: „ceci est à moi". Même la loi allemande du 5 Juillet 1896, sur les dépôts de fonds

publics, loi qui impose de si grandes obligations aux commissionnaires, a plutôt en vue la faillite que la substance du contrat de commission. Pour moi, qui ai pris cette substance pour but unique de mes études, il n'y a pas lieu de m'arrêter longtemps au privilège et au droit de lever l'incognito. Ce qui reste est assez simple, et il est naturel que je le traite simplement.

b. *aperçu des dispositions légales.*

C'est surtout en vue du privilège qu'il est important de déterminer la portée des dispositions légales. Ainsi le code français, comme le nôtre, parle du commissionnaire, alors que le code suisse traite du contrat de commission. Le code de commerce allemand ne donne le nom de commissionnaire qu'à celui qui agit professionnellement, mais le § 406 étend les dispositions de la section III du livre III au commerçant, qui dans un cas isolé agit en nom propre pour le compte d'autrui.

Le droit du commettant de lever l'incognito est consacré par le § 392, 2ième alinéa, du code de commerce allemand. Dans notre législation, entre autres, l'étendue de ce droit fait l'objet de controverses, malgré les dispositions que contient un titre du code de commerce sur le droit de revendication du commettant en cas de faillite du commissionnaire, (titre VIII du livre I).

Pour ce qui est de la substance même du contrat de commission, il y a plutôt entre les lois des différences en ce qui concerne le degré de développement qu'elles ont donné aux dispositions sur la commission, que des divergences profondes quant au fond. Les législations nouvelles ont décidé une foule de

points qui dans les législations anciennes sont passés sous silence et abandonnés ainsi au juge, d'après les principes généraux du mandat ou des contrats en général. On peut se convaincre de ces différences en comparant un groupe de législations relativement anciennes, le code français, le code néerlandais et la loi belge, par exemple, avec un groupe de codes nouveaux, le code suisse ou italien et surtout le nouveau code de commerce allemand. En réalité, il y a peu de chose à comparer à moins qu'on ne recherche, pour chaque loi ancienne, la signification de son silence. Je rappellerai donc simplement que la loi la plus développée, la loi allemande, s'occupe, entre autres points, de la responsabilité et des devoirs professionnels du commissionnaire (§§ 384, 385, 388 sqq.), des opérations faites pour un prix plus élevé ou moins élevé que celui indiqué dans l'ordre (§§ 386, 387), du ducroire (§ 394), de la provision (§ 396) et du droit du commissionnaire de se porter lui-même acheteur ou vendeur (§ 400 sqq.). Ces derniers §§ sont empruntés à la loi du 22 Juin 1896 sur les bourses, dont les dispositions ont été en partie absorbées par le code de commerce. Le § 402 (§§ 71 et 72 in fine de la loi de 1896) défend de renoncer par contrat aux dispositions du § 400, alinéas 2—5, et du § 401, en tant que cela aurait pour effet de rendre plus défavorable la position du client (1).

c. *application du droit.*

Si l'on s'en tient au commissionnaire de profession, ou du moins à celui qui s'engage à faire, en son nom propre mais pour le compte d'autrui, des opérations se rattachant à sa

(1) Cosack, *Handelsrecht*, § 43, V. 6.

profession, et si l'on se contente de rechercher le droit applicable à la substance du contrat de commission, il est assez facile d'appliquer les règles, qui ont été données plus haut pour le contrat d'entreprise d'ouvrage et le mandat.

Lorsque le commissionnaire et le commettant sont établis dans le même pays et que c'est dans ce pays que le commissionnaire doit faire son opération, le contrat sera local-national ou local-étranger et le droit du pays en question sera appliqué par le juge national ou étranger. Si le commettant est domicilié dans un autre pays que le commissionnaire, mais si ce dernier doit faire dans le pays où est établi un acte qui se rattache à sa profession, le contrat, bien qu'il se présente sous la face internationale, pénétrera dans la vie active locale du pays où le commissionnaire est établi, ce qui entraînera l'application du droit de ce pays. La représentation immédiate sera régulièrement absente, le commissionnaire agissant en son propre nom. Le contrat conclu par le commissionnaire sera soumis au droit qui doit le régir, selon la face qu'il présente ou selon les circonstances. Si, par extraordinaire, il y avait représentation immédiate, elle produirait les effets que nous connaissons.

Du moment que l'on distingue bien les faces du contrat de commission, des dispositions comme le § 402 du code de commerce allemand ne présentent pas des difficultés insurmontables. On n'a pas besoin de dire que la loi prohibitive exclut absolument toute application d'une loi étrangère, au point de vue du juge allemand. Si le contrat est local-national pour le juge allemand, il appliquera naturellement la loi de son pays. D'un autre côté, si le contrat est local-étranger, le juge allemand appliquera la loi étrangère et non le § 402 ; ce paragraphe ne touche pas à la morale universelle ou à

l'ordre public de la société universelle ; c'est une mesure d'ordre pour la profession qui s'exerce en Allemagne. Si le contrat est international, il pourra y avoir application du § en question, non pas aveuglément, mais dans les cas où il doit être raisonnablement appliqué conformément à son but, c'est-à-dire dans ceux où le contrat de commission doit être régi par le droit allemand. Une commission donnée par une personne, établie en Allemagne, à un commissionnaire établi en France, ne donnera pas lieu à l'application du § 402 ; elle ne donnera pas non plus lieu à une application directe des §§ 400 et suivants du code allemand, dont la loi allemande défend de s'écarter par contrat. Il serait bien étrange que la loi allemande défendît de déroger à des dispositions, dont elle n'ordonne pas l'application.

Les cas prévus sont les plus pratiques, sinon les seuls pratiques. Si la commission, qui se présente sous la face internationale, est donnée à un particulier, à une personne exerçant une profession qui n'a aucun rapport avec l'opération, ou si l'opération doit se faire dans un pays autre que celui où le commissionnaire ou le chargé d'affaires sont établis, les obligations des parties dépendront des circonstances, comme il a été dit, sur la base d'un droit commun international.

La question du droit qui régit la substance du contrat de commission étant ainsi mise au point, il en reste deux autres, non moins importantes, mais d'un autre genre, celle du privilège ou du gage du commissionnaire et celle des droits du commettant, en tant qu'ils sont en conflit avec ceux des créanciers du commissionnaire, lorsque ce dernier se trouve en déconfiture ou en faillite. Mais la première question touche au régime des biens meubles et à celui des créances consi-

dérées comme des éléments du patrimoine, et la seconde est en réalité une question du droit de la faillite civile ou commerciale. Je les salue au passage, mais je m'abstiens. Un auteur récent, qui a publié un travail où la commission fait l'objet, pour ainsi dire, d'une monographie spéciale, leur a donné son attention ; je me permets de renvoyer aux données qu'il a su réunir (1).

(1) Diena, op. cit., II, n°. 156.

5ième SECTION.

LE CONTRAT DE TRANSPORT.

§ 42. *Division de la matière.*

La matière forme un magnifique champ d'expériences. Dans la vie active universelle le contrat de transport, contrat international par essence, occupe une très grande place. Je pourrais lui consacrer une longue monographie spéciale, mais je me propose seulement de confirmer par des expériences la méthode que je suis.

Il est assez difficile de faire entrer le contrat de transport dans un système de classification des contrats. Le droit romain antique le rattachait au louage, mais c'est un lien bien faible. On peut songer à en faire une „*locatio rei*", „*operis*" ou „*operarum*", à greffer sur le louage un dépôt ou un mandat, ou même à mélanger artistiquement tous ces éléments. La chose est intéressante, mais assez peu féconde en conséquences, surtout pour le droit international privé. Pour ma part, je pense que le contrat de transport ressemble le plus au contrat d'entreprise d'ouvrage, mais que l'ouvrage est tellement particulier qu'on peut tout aussi bien parler d'un contrat spécial, dans la rubrique des contrats dominés par l'idée d'une prestation de travail. Je lui consacre une section spéciale, ce qui peut toujours se faire.

On peut transporter les choses les plus disparates, des objets inanimés, des animaux vivants, des personnes et même des cadavres, des lettres, qui forment un objet matériel, et des communications, dont on ne transmet que le sens. On peut transporter par les moyens les plus divers, à bras d'homme, par bêtes de trait, au moyen d'appareils mûs par le vent, la vapeur, l'électricité, etc. Ces appareils se meuvent sur terre, sur l'eau, sous l'eau ou dans l'air à la rigueur. Dans ces circonstances, on peut se demander s'il y a lieu de faire une abstraction de quintessence pour établir les principes du contrat de transport *en général.* Pour le droit national cela peut être utile, quand ce ne serait que pour l'honneur de la doctrine, mais pour le droit international privé je crois qu'il vaut mieux ne pas monter aussi haut. Toutes les lois n'ont pas de rubrique pour le contrat de transport en général. Le code civil français parle des voituriers (art. 1782 sqq.) dans une section du chapitre consacré au louage d'ouvrage ou d'industrie, il les compare classiquement aux aubergistes, mais ces dispositions ne forment qu'une portion infinitésimale de la matière. Notre code civil néerlandais n'a laissé, dans le titre du louage, qu'un seul article, l'art. 1653, véritable poteau indicateur qui avertit le lecteur que les droits et obligations des voituriers et patrons de navires sont réglés dans le code de commerce. Le code fédéral suisse a un titre, le dix-septième, consacré au contrat de transport; la loi renvoie au mandat (art. 450). De plus, l'art. 449 ne parle que du transport des choses, et l'art. 466 met à part les transports par la poste et les chemins de fer. Le code de commerce allemand de 1861, rédigé à une époque où il n'y avait pas de codification commune du droit civil en Allemagne, a fort longuement réglé le contrat de transport en général. Le code nouveau,

Livre III, section VI, a aussi une rubrique générale, mais le premier § de cette section ne parle que du transport des marchandises. En Belgique, une loi du 25 Août 1891, portant révision du titre du code de commerce concernant les contrats de transport, a aussi une portée générale; elle comprend le transport des personnes en général, du moins elle les nomme dans les artt. 3, 4 et 9, en les opposant aux choses. Dans le droit anglais, l'entrepreneur de transports publics, le „common carrier" joue un rôle tout particulier, le plus important sans doute de tous les rôles dans la matière, mais qui n'est pas le seul. Les résultats que l'on obtiendrait, pour le droit international, en distillant, au moyen de l'analyse successive de toutes les lois, les éléments de la substance du contrat de transport en général, seraient minimes. D'ailleurs, dans la pratique, on ne conclut guère des contrats de transport en général. La nature qu'une loi attribue à un contrat de transport aura son importance après qu'on aura reconnu que cette loi est applicable.

Je ne peux pas attacher une importance décisive à la question de savoir si le transport est commercial ou civil. Au point de vue d'un juge indéterminé, la question ne se présentera aussi qu'après qu'il aura été reconnu qu'une loi est applicable. Il en est autrement lorsqu'une législation a tranché le soi-disant conflit d'une manière différente, selon qu'un contrat est commercial ou civil; il faut bien alors décider d'abord si le contrat est commercial et après cela déterminer la loi qui est lui applicable (1).

Mais il y a lieu de faire une rubrique générale du transport de marchandises. Les deux principales espèces, le transport

(1) Conf. Diena, op., cit., II, nº. 163 (page 344).

maritime et le transport par chemin de fer, ont réellement des principes communs, qui s'appliquent aux autres espèces — le transport aérien étant réservé, comme trop éthéré —. D'ailleurs, on peut s'engager à transporter en partie par mer et en partie par chemin de fer. Le transport des personnes, qui a aussi, pour espèces principales, le transport par mer et le transport par chemin de fer, sera traité ensuite comme une matière isolée. Je terminerai par une observation sur le droit international de la poste et du télégraphe; une observation suffira pour rattacher ce droit à la méthode que je suis.

---

§ 43. *Le transport des marchandises en général.*

A. Points saillants de comparaison.

a. *considérations générales.*

Ce qui caractérise le contrat de transport, c'est d'abord la pluralité des lieux d'exécution ; les relations des parties commencent au lieu du départ, ne cessent pas en cours de route et se terminent au lieu de destination. Le personnel est compliqué également. Le chargeur (je dirai chargeur pour éviter le mot „expéditeur", faussé par l'usage international) et le destinataire sont généralement des personnes différentes. Il peut y avoir plusieurs entrepreneurs successifs. Entre le chargeur et l'entrepreneur vient se placer souvent un commissionnaire de transports, personnage tantôt entrepreneur général, tantôt simple intermédiaire.

Au milieu de toutes ces complications, la question de la responsabilité de l'entrepreneur domine. Ses conditions, son étendue, sa durée, les clauses d'exonération qui s'y rattachent,

forment l'objet de dispositions assez divergentes. D'autres questions se rapportent au destinataire et à la succession de plusieurs entrepreneurs. La capacité, la forme et la preuve ne sont pas des points de comparaison saillants pour le transport des marchandises en général.

Pour le moment je fais abstraction du titre, connaissement ou document analogue, qui peut être créé ou émis par l'entrepreneur; la force obligatoire du titre, à mon avis, ne dépend pas du contrat de transport, mais de la foi attachée au titre.

b. *responsabilité de l'entrepreneur.*

L'entrepreneur de transports en général, le voiturier classique, n'est pas encore partout débarrassé de la macule, que lui a imposée l'édit du préteur romain, ou plutôt l'explication de l'édit que le grand jurisconsulte Ulpien a cru devoir donner. Pendant longtemps on a admis sans hésitation que le voiturier était strictement lié par un contrat spécial, le „receptum" et que sa responsabilité ne cessait que par la preuve, non pas seulement d'un cas fortuit, mais d'une „vis major", une force majeure, presque plus que majeure, une catastrophe. L'article 395 de l'ancien code de commerce allemand donnait lieu à cette interprétation, mais le code actuel, dans le § 429, l'a rejetée (1). Le droit français, dans l'art. 1784 du code civil, assimile le cas fortuit à la force majeure, et cette assimilation ne permet pas de donner à cette dernière expression une signification étroite dans l'art. 103 du code de commerce (2); cependant l'art. 1782 assimile le voiturier à l'aubergiste. Dans notre pays, la question est controversée.

(1) *Materialen*, I, 124.
(2) Lyon-Caen et Renault III, n°. 599.

L'art. 400 du code de commerce italien contient les deux expressions de même que l'art. 3 de la loi belge. VIVANTE les déclare synonymes (1).

Quant à l'étendue des dommages-intérêts dus en cas de perte, de détérioration ou de retard, on trouve aussi des différences assez sensibles. Le droit français ne règle pas cette étendue, ce qui entraîne l'application des principes généraux du code civil. Il en est de même de notre code de commerce, sauf le cas spécial de l'art. 96, pour les objets de petit volume et de grande valeur confiés aux messageries publiques, disposition qui contient en germe le droit nouveau des chemins de fer. L'art. 457 du code fédéral suisse parle de la valeur intégrale. Le § 430 du code de commerce allemand indique la valeur marchande commune. Les discussions qui ont eu lieu lors des délibérations sur le traité de Berne, dont je parlerai tout à l'heure, montrent que la différence est sensible. Le code de commerce italien, qui parle de la valeur courante dans son art. 405, et qui ne renvoie au code civil, quant à la mesure du dommage, que dans le cas de dol ou de négligence manifeste, a réglé d'une manière générale, dans son art. 403, l'indemnité de retard.

La durée de la responsabilité du voiturier est généralement limitée, mais les délais sont différents (2). La question de savoir si la limite légale est une véritable prescription ou un terme fatal ne peut être résolue qu'après que l'on a reconnu l'applicabilité d'une loi.

---

(1) Op. cit., IV, no. 2163. MARGHIERI op. cit., p. 277.

(2) Par exemple, code de comm. français art. 108 (loi du 11 Avril 1888); Code de commerce italien, art. 926; Loi belge du 25 Août 1891, art. 9, etc. etc.

c. *clauses d'exonération.*

Pour le transport de marchandises en général, la question de la validité des clauses d'exonération est plutôt du domaine de la jurisprudence comparée que de celui de la législation comparée. On peut dire qu'il est de droit commun que la clause, par laquelle l'entrepreneur s'exonérerait de son propre dol, est nulle comme contraire aux bonnes mœurs, mais cette clause est peu pratiquée. Quant aux clauses qui excluent ou limitent la responsabilité, que l'entrepreneur peut encourir par suite des faits de son personnel ou de l'état de son matériel, et quant à celles qui renversent le fardeau de la preuve, qui diminuent le chiffre des dommages-intérêts, ou qui établissent une courte déchéance de tout droit de réclamation, il y a des divergences d'opinion, mais il est impossible de tout déclarer contraire aux bonnes mœurs. La question touche plutôt à l'intérêt général du commerce qu'aux bonnes mœurs, et si le juge peut tenir amplement compte de ces dernières, l'intérêt général du commerce forme le champ d'action du législateur. Aussi le législateur est-il intervenu. Le plus souvent cela n'a pas été fait d'une manière générale, mais pour certains moyens de transport, tout particulièrement pour les chemins de fer. Je me contenterai de citer deux extrêmes : l'art. 423 du premier code de commerce allemand (§ 471 du code nouveau), disposition dont le système a été suivi un peu partout, et la loi française la plus récente, la loi du 7 Mars 1905 (Off. du 29), un coup sec de guillotine, comme il est dit dans une notice, publiée dans les annales de THALLER (1), notice qui rappelle qu'un amendement tendant

(1) Année 1905, I, p. 237. Conf. G. BERTIN, *Etudes de législation comparée. La responsabilité du transporteur*, Paris 1905.

à limiter l'application aux transporteurs, jouissant d'un monopole, fut repoussé. Dans la matière du droit maritime, la législation est moins avancée ; la loi HARTER des Etats-Unis, (13 Février 1893) a éte imitée en Australie, dans une loi du 15 Décembre 1904 (1), mais les tentatives, faites par le gouvernement belge, dans le but d'obtenir une entente internationale à ce sujet, ont rencontré jusqu'à présent une opposition formelle de la part de l'Angleterre, ce qui les entrave considérablement.

d. *contre-ordre.*

Pendant le transport, le chargeur peut vouloir reprendre ses marchandises ou changer le destinataire. Plusieurs lois ont réglé ce point pour le transport en général, notamment le code suisse, dans son article 453, et la loi allemande, dans le § 433 du code de commerce. D'autres législations sont muettes ou n'ont de disposition que pour les chemins de fer. La question doit alors être résolue par les principes généraux. Dans le droit maritime, l'usage des connaissements exclut le plus souvent un contre-ordre, quand même il serait possible de le donner par le télégraphe.

e. *le destinataire.*

Lorsque la marchandise est arrivée au lieu de destination, le destinataire devient un personnage important, même lorsqu'il n'est pas légitimé par un titre. En théorie, il y a controverse sur la nature de ses droits, controverse dont le droit international privé n'entend que l'écho. Mais les lois,

(1) *Il diritto maritimo* (Revue BERLINGIERI) VII, 2, pag. 74.

le plus souvent, ont réglé soigneusement les effets que l'acceptation de la marchandise et le paiement du prix, par le destinataire, exercent sur la responsabilité des entrepreneurs. Ces dispositions présentent des nuances très sensibles, dont on peut se rendre compte en comparant l'art. 93 du code de commerce néerlandais, avec l'art. 105 du code français, tel qu'il a été modifié par la loi du 11 Avril 1888, et ce dernier article avec l'art. 462 du code fédéral suisse, l'art. 415 du code de commerce italien, ou le § 438 du code de commerce allemand. Ce sont des différences de détail, mais la solution d'un procès peut dépendre de l'application de telle ou telle loi.

f. *garanties de l'entrepreneur pour le paiement du prix du transport.*

C'est généralement la marchandise qui sert de garantie à l'entrepreneur. Les lois lui accordent, soit un droit de séquestration avec privilège et un droit de faire vendre (art. 93 code de comm. néerl, j°. 1185 du code civil ; art. 106 du code de comm. français j°. 2102 du code civil) ; soit un droit de rétention priviligiée avec faculté de séquestration (artt. 408, 412, 413 du code de commerce italien), soit un gage légal (§ 440 du code de comm. allemand). Les différences entre les expressions peuvent aussi avoir pour effet la perte ou le gain d'un procès. Schneider-Fick lisent un droit de rétention dans l'art. 461 du code suisse, malgré l'art. 225 du même code; la vente peut être ordonnée, en vertu de l'art. 463, par l'autorité compétente du lieu où se trouve la marchandise. Il y a des différences notables aussi quant à l'extinction du privilège. En France il n'y a un délai que dans l'art. 307 du

code de commerce, la question générale est controversée (1). Le code de commerce allemand, entre autres, (§ 440), maintient le gage légal pendant un certain délai après la délivrance.

g. *succession de plusieurs entrepreneurs.*

Il y a certainement, tout au moins, cette différence entre les lois, que les unes ont réglé le cas en général, tandis que les autres n'ont pas de disposition générale, comme cela est le cas dans notre pays. L'art. 432 du code de commerce allemand est bien le type d'une loi qui a réglé la matière, en établissant une certaine unité entre les entrepreneurs successifs. Pour les lois qui se taisent, il est singulièrement difficile d'arriver à une bonne construction juridique, mais comme la succession d'entrepreneurs a surtout lieu dans le transport par les chemins de fer, qui fait l'objet de dispositions particulières, le champ des difficultés est restreint.

h. *le commissionnaire de transports.*

Si le commissionnaire en question était un intermédiaire ordinaire ou un commissionnaire, selon qu'il agirait au nom d'autrui ou en son propre nom, il n'exigerait pas, en principe, une rubrique spéciale dans le contrat de transport. Mais, en fait, très-souvent le commissionnaire de transports, pour la plus grande facilité de ses clients, entreprend le transport pour un prix convenu. Alors il n'est plus intermédiaire du tout, mais entrepreneur. Cela change complétement sa responsabilité. Mais toutes les lois n'ont pas considéré la chose comme une question de fait. Le code de commerce français, dans ses

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., III, n°. 698.

artt. 97—98, impose tout au moins au commissionnaire un „ducroire", qui lui donne la responsabilité la plus large. La loi belge, art. 2, unit le commissionnaire au voiturier, et les désigne tous deux par le pronom „Il" dans les articles suivants. Dans le code suisse (art. 448) et le code de commerce allemand (§ 413) il faut, pour que le commissionnaire soit assimilé à un entrepreneur, qu'il ait conclu la convention de la manière indiquée par la loi; normalement il est intermédiaire, et la loi allemande surtout règle très longuement ses droits et ses devoirs. Dans notre droit neérlandais, la question est controversée, et le texte de la loi est assez peu clair.

B. **Application du droit.**

Il est permis de supposer que c'est en vue du contrat de transport que l'on a posé la règle, qui distingue entre la substance d'un contrat et les modalités de l'exécution, en soumettant la substance à la „lex loci contractus" et les modes d'exécution à la „lex loci executionis". Cette distinction donne pour le contrat de transport un résultat à peu près acceptable (1). Mais si cette circonstance explique pourquoi ce système a été admis par tant de bons esprits, elle ne suffit pas pour le justifier comme système. Il n'y a guère de système qui ne donne des résultats acceptables dans certains cas. Sinon, il ne trouverait pas un défenseur. Il me paraît nécessaire d'examiner la matière méthodiquement.

Le transport sera local lorsque le point de départ et le point

---

(1) Conf. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., III, nos. 846 et 849, ainsi que les auteurs et les décisions judiciaires qu'ils citent en note. THALLER dans ses *Annales*, Première année, 1886/7, Doctrine p. 145 et p. 307. DIENA, op. cit., II, nos. 166, 167.

d'arrivée se trouveront dans le même pays. Cette circonstance entraîne l'application du droit local, soit par le juge du pays même, soit par un juge étranger, qui se trouverait avoir juridiction et compétence, ce qui sera rare dans la pratique. La responsabilité de l'entrepreneur, le caractère de la lettre de voiture, la validité des clauses d'exonération, le contre-ordre en cours de route, les rapports du chargeur et du destinataire avec une pluralité d'entrepreneurs, tous établis dans le pays, les rapports entre ces entrepreneurs et les relations entre le destinataire et les entrepreneurs seront régis par une même loi. La lex loci contractus — en supposant que le contrat se forme au lieu d'expédition — et la lex loci executionis se confondent. Il n'y a pas de raison pour invoquer les bonnes mœurs, lorsqu'il s'agit d'une classe d'exonération permise par la loi du pays où le transport se localise ; la morale universelle n'est pas en jeu. Pour le commissionnaire de transports qui exerce sa profession dans ce même pays, il n'y a pas de difficulté non plus.

Mais le contrat de transport se présentera très souvent sous la face internationale. Le lieu de départ et celui d'arrivée seront dans des pays différents, et il pourra y avoir transit, la marchandise traversera peut-être un grand nombre de pays. La plupart du temps, le mode de transport caractérisera le contrat plus particulièrement. Il y aura transport maritime ou transport par chemin de fer, mais il n'est pas inutile de se représenter d'abord un contrat international de transport de marchandises, considéré en général.

Je ne vois aucune raison de dire que toutes les relations qui naîtront de ce transport seront régies par une loi déterminée, celle du lieu où le transport commence ou celle du lieu où il finit. On n'arrive à ce résultat qu'en partant d'un

système général, ou en faisant appel à l'opinion de la généralité des auteurs. En réalité, le contrat, dans son ensemble, ne pénètre pas dans une sphère locale de la vie active par un élément prépondérant. Il est arbitraire aussi de dire que tous les intéressés doivent avoir entendu suivre une loi unique ; un pareil résultat peut résulter des circonstances, mais cela n'est pas absolu. Il faut reconnaître que lorsque le transport est international, il n'y a pas de loi dont on puisse dire qu'elle régit le contrat dans son ensemble. Si cet état de choses présente des inconvénients, il est préférable de les montrer que de les masquer, c'est alors aux Etats, organes de la société internationale, qu'il appartient d'intervenir. On sait que cela a été fait partiellement pour le transport international des marchandises par les chemins de fer.

Mais si le contrat dans son ensemble n'est pas soumis à une loi déterminée, il n'est pas impossible de ramener à un droit territorial quelques-unes des relations juridiques qui dérivent du contrat, indépendamment d'une appréciation de l'intention commune des parties, de la confiance inspirée et des circonstances. On peut distinguer, dans l'ensemble des relations juridiques qui naissent du contrat de transport, trois groupes. D'abord les relations entre le chargeur et l'entrepreneur, qui comprennent celles entre le commissionnaire de transports et son client. Puis les relations diverses qui naissent du fait qu'il y a plusieurs entrepreneurs successifs. Enfin, les relations entre l'entrepreneur ou le dernier des entrepreneurs et le destinataire. Toutes ces relations se rattachent au contrat primitif, mais le premier groupe seulement en dépend exclusivement ; pour le deuxième groupe il y a un fait nouveau, l'accession d'un nouvel entrepreneur ; pour le troisième, il y a encore un fait nouveau, l'accession

du destinataire. Il n'est pas du tout nécessaire de ramener ces trois groupes au même droit local.

Pour le premier groupe, le lieu d'expédition prendra régulièrement une importance prépondérante, qui fera pénétrer le groupe dans la vie active locale du pays où se trouve ce lieu. Cela sera le cas, lorsque le contrat s'est formé au lieu d'expédition et que ce lieu constitue un marché, où l'offre et la demande des transports se produisent régulièrement, ou bien lorsque l'entrepreneur ou le commissionnaire ont un établissement professionnel dans ce lieu. Dans le premier cas, la loi du marché lie les parties qui y font la convention de transport, à moins qu'elles n'aient indiqué une intention contraire, dans les limites de l'autonomie que leur donne la loi du du marché. Lorsque l'entrepreneur ou le commissionnaire ont un établissement professionnel au lieu d'expédition, on peut dire, bien que l'ouvrage qu'ils entreprennent ne se termine pas au lieu d'expédition. que c'est là que se prennent les mesures qui dominent tout le transport, même ce qui se fera en cours de route. Pour le commissionnaire, en tant qu'il est purement intermédiaire, son travail se termine généralement au lieu d'expédition. On pourrait arriver au même résultat en partant de l'intention commune des parties. Il ne serait pas déraisonnable de considérer, dans les circonstances données, que les parties ont eu en vue la loi du lieu d'expédition, mais, en fondant l'autorité de la loi du lieu d'expédition sur la pénétration de l'élément prépondérant du contrat ,dans la vie active locale, au lieu de faire appel à l'autonomie, on a un motif raisonnable d'appliquer la loi du lieu, en tant qu'elle limite l'autonomie des parties, par exemple en ce qui concerne les clauses d'exonération, et en tant qu'elle impose à celui qui exerce une profession dans le pays des devoirs professionnels, basés sur l'intérêt général.

S'il n'y avait pas de marché des transports au lieu d'expédition, et si l'entrepreneur n'y avait pas d'établissement professionnel, le contrat de transport serait obligatoire en vertu du droit commun international et son interprétation dépendrait des circonstances.

Quant au deuxième groupe, les moyens raisonnables de rattacher, à une loi déterminable d'avance, les relations qui naissent de la succession de plusieurs entrepreneurs, font défaut. Il faut l'avouer. Quelque désirable que soit l'unité du contrat (1), il n'est pas permis de dire que tous les entrepreneurs doivent, dans toutes les circonstances, l'avoir nécessairement voulue, et il n'est permis non plus, sans texte, de dire que tout entrepreneur subséquent accède au contrat primitif (2), et encore moins d'imposer aux entrepreneurs une association en participation. Il faut examiner chaque relation en elle-même, et l'interpréter d'après les circonstances (3). Il se peut qu'on tire des circonstances la conclusion que les entrepreneurs subséquents, en acceptant sans rien stipuler la marchandise avec une lettre de voiture contenant les conditions du transport, ont accédé au contrat primitif fait sous ces conditions. Il se peut que le fait de l'existence de tarifs ou de règlements communs, permette de conclure à l'existence d'une association des entrepreneurs. Mais cela ne suffit pas pour dire que leurs relations sont toujours régies par la loi du contrat de transport primitif. Le texte du traité de Berne ne prouve rien, c'est du droit positif international, comme le § 432 du

(1) Diena, op. cit., II, nos. 173, 174.

(2) Von Bar, op. cit., II. 295.

(3) Conf. Schott, dans le Manuel d'Endemann III. § 349. Thaller, dans ses *Annales*, I, p. 306, sqq.

code de commerce allemand est du droit positif national. C'est à une entente internationale qu'il faut renvoyer la question.

Nous arrivons au troisième groupe de relations juridiques. Le destinataire tient son droit de ce qui a été convenu en son nom ou en sa faveur. Il en résulte qu'en tant qu'il entend exercer des droits établis par le contrat primitif et par les contrats éventuels avec les entrepreneurs subséquents, il est lié par le contenu de ces contrats et par la loi qui les régit. Il devra payer le fret convenu et il se verra appliquer les clauses d'exonération qui auront été valablement convenues. Quant à ces dernières, il est possible que le juge du pays d'arrivée les considère comme attentatoires aux bonnes mœurs, dans ce cas il ne les appliquera pas. Pour moi, je ne voudrais considérer comme telle que la clause d'exonération des suites du dol personnel, mais les manières de voir peuvent différer. Si la loi du pays de destination a étendu sa propre application au cas où des marchandises, venant de l'étranger, arriveraient dans le pays, le juge du pays l'appliquera, par obéissance à la loi.

Un point spécial, dans l'ensemble des relations juridiques qui se produisent au lieu de destination, donne lieu à des difficultés, c'est la question de l'effet de l'acceptation de la marchandise, sans réserve et sans expertise, et du paiement du prix du transport par le destinataire. Faut-il dire, avec Lyon-Caen et Renault (1), entre autres, que ces effets sont régis par la loi du lieu de destination, parce qu'ils forment une modalité de l'exécution, ou avec Diena (2), qu'ils sont régis par la lex loci contractus, c'est-à-dire la loi du lieu d'expédition,

(1) Op. cit., III, 851. Conf. von Bar, op. cit., II, n°. 295.
(2) Op. cit., II, 177, p. 410.

sauf à tenir compte de la loi du pays de destination, lorsqu'elle renferme des normes rigoureusement obligatoires ? Je penche pour la première opinion, mais l'argument me paraît peu satisfaisant. S'agit-il bien d'une modalité de l'exécution, et quand cela serait, est-ce décisif? Je préférerais raisonner ainsi. Il ne s'agit ici ni de droits dérivant du contrat, ni de modalités de l'exécution, mais de conséquences que la loi attache à certains actes ou à certaines abstentions de la part du destinataire. Or la relation juridique entre l'entrepreneur du transport et le destinataire, au lieu de l'arrivée, pénètre dans la vie active locale du pays d'arrivée, par des éléments prépondérants. C'est là que se trouve l'entrepreneur ou son agent avec la marchandise, c'est là que le destinataire doit recevoir la marchandise en prenant les mesures nécessaires pour faire constater, officiellement au besoin, son état. C'est à cause de cette localisation de la relation juridique que je voudrais appliquer la loi du pays de destination. Mieux voudrait sans doute une codification uniforme, mais c'est demander beaucoup.

La question de l'exercice du privilège ou du gage légal de l'entrepreneur sort du cadre de mon travail. Je dirai cependant que je ne voudrais pas en faire une modalité de l'exécution, de manière à le soumettre à la loi du pays de destination (1). Le droit de l'entrepreneur me paraît acquis en vertu du contrat et de la loi qui le régit, mais au lieu de destination, où il s'exerce et où se trouve la marchandise, il peut se trouver en conflit avec un autre droit acquis en vertu de la loi locale et qui le prime d'après cette loi. En ce sens la loi du lieu de destination produira son effet. Pratiquement,

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., III, 852. Diena, op. cit., II, n°. 172.

lorsque les lois diffèrent peu, il peut être utile de renvoyer à la loi du pays de destination, comme l'a fait le traité de Berne.

La question de la prescription sort encore plus nettement de mon cadre. Elle dépasse même celui du droit des obligations. Sans la discuter, je voudrais dire que lorsque la loi d'un pays concède ou reconnaît un droit, qui doit être respecté dans les autres pays comme droit acquis, et que cette même loi le déclare éteint, il n'y a plus, dans les autres pays, de droit acquis à respecter. D'un autre côté, la loi du pays où une action est intentée peut, dans l'intérêt de la paix sociale, refuser absolument l'accès des tribunaux du pays, pour une action d'un genre particulier, après qu'un certain délai s'est écoulé ; dans ce cas le juge du pays obéira. C'est une question d'interprétation des lois nationales. Le moyen de sortir de la difficulté est une détermination uniforme des délais, comme l'a fait encore le traité de Berne.

En général, les solutions que j'ai données ici ne diffèrent pas sensiblement de celles que donnent les bons auteurs. Je serais heureux, si je pouvais convaincre le lecteur qu'on peut les accepter sans partir du système de la „lex loci contractus" de celui de la „lex loci executionis" ou d'une combinaison de ces systèmes. Au reste les lois ont des dispositions qui présupposent en quelque sorte une décision dans notre sens. Ainsi l'art. 105 du code de commerce français, tel que l'a rédigé la loi du 11 Avril 1888, dit dans sa dernière phrase que la disposition qui précède n'est pas applicable aux *transports internationaux*. Le code suisse statue, dans son article 463, que le dépôt des marchandises peut être ordonné par l'autorité compétente du lieu *où se trouve la marchandise*. Même les articles 95 du code de commerce néer-

landais et 926 du code de commerce italien sur la prescription peuvent être entendus dans notre sens. Pour les transports maritimes, le code de commerce néerlandais a concédé, dans son art. 498, une certaine autorité à la „lex loci contractus" et à la „lex loci executionis". L'article n'est pas absolument décisif, mais il tient compte en tous cas de la loi du lieu de destination, pour ce qui doit se faire dans ce lieu.

---

§ 44. *Le transport maritime des marchandises.*

A. Caractère général.

La mer est la voie naturelle des communications entre les nations, comme elle est aussi, malheureusement, le théâtre de leurs luttes. Mais la guerre maritime peut être laissée de côté dans un ouvrage voué à la substance des obligations.

Pendant des siècles, le navire a été le moyen de transport par excellence pour les marchandises volumineuses, qui devaient parcourir de longues distances ; ce n'est que de nos jours que les transports terrestres, par suite du développement des chemins de fer, lui font une concurrence sérieuse. Pendant des siècles aussi, le droit des transports maritimes a dominé tout le droit des transports ; il a été un droit éminemment progressif, transformant les institutions anciennes et créant des institutions nouvelles. C'est au droit maritime que l'on doit la première réglementation du contrat de service, l'origine de la commandite, qui a frayé la voie aux sociétés à responsabilité limitée, et du prêt à la grosse, qui a été le germe de l'assurance et peut-être même de la lettre de change.

On peut dire qu'au début le droit maritime a été un droit commun des peuples. Les Romains avaient déjà, dit-on, adopté la lex Rhodia, séduits par son équité naturelle. La Méditerranée a eu dans le célèbre „Consulat" une source de droit, où les juges de tous les Etats riverains venaient puiser des solutions, et lorsque le commerce s'est développé dans l'Océan, dans la mer du Nord et la Baltique, les décisions judiciaires, recueillies dans des rôles ou des compilations, ont obtenu partout l'autorité de précédents. Dans les Pays-Bas, lorsque Charles-Quint eut réuni sur sa tête les titres de la souveraineté de toutes les provinces, un de ses premiers soins a été de codifier d'une manière uniforme leur droit maritime. Les ordonnances des souverains espagnols, demeurées en vigueur dans les provinces septentrionales après leur sécession, n'ont pas été sans influence sur l'ordonnance française de 1681, qui, à son tour, a mis son empreinte sur le code de commerce français, dont les règles concises ont conquis une bonne partie du continent européen. Depuis que le principe de codification et la nationalisation du droit ont détrôné sur le continent européen les us et coutumes de la mer, le droit maritime a cessé d'être un droit commun. Les divergences entre le droit continental et le droit maritime anglais, qui en bien des points a conservé l'élasticité d'un droit coutumier, se sont dessinées, et les codes eux-mêmes, rédigés à des époques différentes, au milieu de la transformation technique de la marine marchande par l'application de la vapeur, présentent des différences notables.

Mais si le droit a changé, la mer est restée la mer, la voie naturelle des communications. L'unification des divers droits nationaux est à l'étude. Les Etats scandinaves, reliés les uns aux autres par l'histoire et baignés par les mêmes eaux,

ont posé le premier jalon. Les autres pays suivront tôt ou tard, c'est de l'Angleterre surtout qu'il dépend de décider si ce sera tôt ou si ce sera tard.

B. **Esquisse du droit comparé.**

Les législations maritimes ont été comparées avec tant de soin dans les travaux scientifiques anciens et modernes et dans les actes et rapports de congrès internationaux, qu'on me permettra de supposer que le lecteur me dispensera d'une compilation, dont il ne retirerait aucun avantage et dont je n'ai aucun honneur à attendre. Je rappellerai, dans une esquisse, que les législations diffèrent quant à la conclusion du contrat et quant au chargement, quant à l'effet des événements qui peuvent survenir en cours de route et quant à la délivrance au lieu de destination. Ce sont les points qui ont été examinés pour le contrat de transport en général. A vrai dire, c'est le droit maritime qui a commencé; la conception du contrat de transport en général ne s'est développée que plus tard, sur le modèle du contrat de transport maritime.

Plusieurs législations exigent encore un écrit pour la preuve du contrat, au moins lorsqu'il s'agit de l'affrétement d'un navire entier ou d'une partie d'un navire. C'est le cas en France (c. d. comm. art. 273) et dans notre pays (c. d. comm. art. 454). D'autres législations permettent la preuve testimoniale d'un contrat verbal, tout en donnant à chaque partie le droit d'exiger un écrit. C'est le cas en Allemagne (§ 557 c. d. c.), et dans les pays scandinaves (lois danoise, suédoise, norvégienne, art. 109). La différence tient au degré de développement du droit. Autrefois l'affrétement d'un navire entier était le contrat le plus important, mais aujourd'hui, depuis l'établis-

sement des lignes régulières de navigation à vapeur, c'est le contrat de transport de marchandises déterminées qui domine. Au reste, il est bien rare qu'un transport maritime se fasse sans écrit. En tant que les lois ont voulu parachever l'éducation du commerce en lui faisant sentir l'importance d'un écrit, cette éducation peut être considérée comme terminée. Il résulte de l'emploi d'un document que très souvent les questions juridiques, qu'un contrat de transport maritime fait naître, sont des questions d'interprétation de ce document, cherte-partie ou connaissement, en tant que ce dernier, sans être par essence l'écrit qui constate un contrat de transport, renferme les conditions du contrat, qui a été conclu pour les marchandises désignées. Les auteurs anglais surtout analysent minutieusement chaque mot des clauses usuelles, dont des séries entières de décisions judiciaires ont déterminé le sens. L'usage des documents anglais est même très répandu sur le continent.

Il y a aussi des nuances dans les législations en ce qui concerne le chargement, les jours de planche, staries et surestaries, les droits de l'entrepreneur (du capitaine) lorsque le chargeur ne fournit pas les marchandises, et la responsabilité de l'entrepreneur. Cette dernière question surtout est une question brûlante dans les congrès, non pas tant parce qu'il y a des doutes sur la loi applicable ou des controverses sur l'application de la loi, que parce que l'on voudrait arriver à une rédaction uniforme des documents contenant des clauses d'exonération, de manière à concilier les intérêts en présence, sans que le législateur national ou supranational ait besoin d'intervenir. La question est loin d'être aussi avancée que pour les chemins de fer, où les lois sont généralement intervenues pour protéger le public contre les clauses excessives.

Les législations des Etats-Unis et de l'Australie, citées plus haut, sont des exceptions.

En cours de route, il y a aussi des divergences quant à l'influence de certains événements qui interrompent ou rompent le voyage. La plus saillante est le fret de distance, que la plupart des législations du continent de l'Europe accordent dans certains cas, où le droit anglais le refuse. Tout le monde en a entendu parler. Pour ce qui est des rapports entre plusieurs entrepreneurs successifs, les lois sont en généra d'accord pour ne pas en parler. La question est nouvelle, ce sont les chemins de fer qui l'ont mise en évidence. Il se peut qu'un chemin de fer soit entrepreneur intermédiaire entre deux transports maritimes, ou que le voyage commence ou finisse par un trajet sur rails.

A l'arrivée, nous trouvons en ce qui concerne les jours de planche, staries et surestaries, les mêmes nuances qu'au départ. De plus nous retrouvons les questions déjà examinées pour le contrat de transport en général, les droits du destinataire, l'influence de son fait sur la responsabilité de l'entrepreneur, les privilèges et autres droits que le capitaine fait valoir au nom de l'entrepreneur pour obtenir le paiement du fret. L'usage universel des connaissements, dans le droit maritime, donne au destinataire une position juridique bien plus nettement caractérisée que celle du destinataire en général, mais je ne m'occupe pas maintenant du connaissement.

C. Application du droit

La question du droit applicable à la substance du contrat d'affrétement, considéré dans son ensemble ou divisé en groupes de relations juridiques, a préoccupé beaucoup de

bons auteurs et donné lieu à des décisions judiciaires assez nombreuses. C'est une question dans laquelle il est difficile de gouverner droit, surtout quand on se croit obligé de faire un choix entre les diverses lois en présence, celle du lieu du contrat, celle du lieu d'exécution, celle du pavillon, celle de la nationalité des parties, ou celle que les parties ont eu ou dû avoir eu en vue. La question se complique encore lorsque l'on part d'un système, qui doit servir de boussole.

Je vais tâcher de manœuvrer sans système mais avec méthode, en me demandant quand les différents groupes de relations juridiques, qui naissent du contrat d'affrétement, appartiennent à la vie active locale d'un pays ou y pénètrent par un ou plusieurs éléments prépondérants.

C'est surtout le dernier point qui est intéressant.

On peut sans doute considérer le contrat d'affrétement comme appartenant à un cercle local de vie active, ce qui entraînera l'application du droit local. Cela sera le cas lorsque le transport sera confié à une entreprise établie dans un pays, pour être effectué dans ce même pays, où se trouve à la fois le point de départ et le point d'arrivée. L'interprétation de l'intention commune des parties n'aura alors que l'influence que la loi locale donne à l'autonomie (1). Mais si le cas dont je parle peut se présenter aisément pour les transports fluviaux et lacustres ou pour le cabotage, il sera rare pour les transports maritimes. Pour ces derniers on peut même dire que, normalement, le lieu de départ et le lieu de destination se trouveront dans des pays différents, et que quelquefois même l'entrepreneur du transport n'aura aucun établissement dans le pays où se fait le départ.

---

(1) L'art. 105 du code de commerce français (L. du 11 Avril 1888) est dans cet esprit.

Prenons donc le contrat d'affrétement sous sa face internationale, en distinguant, comme nous l'avons fait pour le contrat de transport de marchandises en général, entre les relations juridiques qui se forment entre le chargeur et l'entrepreneur, celles qui se forment par la succession de plusieurs entrepreneurs, et celles qui se développent au lieu de destination.

Je ne voudrais pas dire que lorsque le port de départ (1) se trouve dans un pays, le premier groupe de relations juridiques pénètre assez profondément dans la vie active locale de ce pays pour qu'on lui applique, sur cette seule considération, la loi du pays en question. Mais je considère le contrat comme localisé, lorsque le port du départ est assez important pour former un marché des affrétements et que le contrat a été conclu sur ce marché par les parties ou leurs représentants, ou encore lorsque l'entrepreneur a un établissement professionnel dans ce port. Dans le premier cas, la loi du marché régit ce qui s'y passe, et dans le second cas les mesures qui dominent tout le transport se prennent au lieu où l'entrepreneur a son établissement professionnel. C'est la part de vérité que j'attribue à la „lex loci contractus" sans ériger son application en système (2).

Dans les limites de la loi qui régit le contrat, dans ces circonstances, les parties seront autonomes. Rien ne s'oppose à ce qu'elles désignent une autre loi. Rien ne s'oppose à ce que l'ensemble des circonstances conduise le juge à la conclusion que ce choix a été fait tacitement. C'est ainsi qu'on peut

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., V. nos. 848 et 850, et les autorités scientifiques et judiciaires citées dans la note 2, page 586.

(2) Entre autres: Tribunal de Middelbourg, 20 Déc. 1899. Journal hebdom. du droit no. 7430.

aboutir à la loi du pavillon, ou à la loi nationale commune des parties. C'est la part de vérité que j'attribue aux décisions anglaises citées par Foote et par Westlake (1), où la loi du pavillon est suivie, en raison de la volonté présumée des parties. Mais je ne voudrais pas aller jusqu'à dire que la loi du pavillon doit toujours être considérée comme l'objet de l'intention commune de personnes raisonnables.

La loi qui régit le contrat détermine toujours ce qui n'est pas abandonné à l'autonomie, notamment la validité des clauses d'exonération (2). Il se peut que le juge du pays où le procès est engagé déclare nulles des clauses valables au port de départ ; il agira ainsi s'il les considère comme contraires à la morale universelle, ce qui me paraît exagéré, ou si la loi de son pays le lui ordonne. La loi qui régit le contrat déterminera aussi ce que les parties auraient pu régler librement, mais ce qu'elles ont négligé de faire expressément ou tacitement ; notamment le mode de chargement, les jours de planche, staries et surestaries au départ, le paiement du fret, même le fret de distance, dû eventuellement.

Quant à ce fret de distance, j'ai contre moi une autorité considérable, celle de la Cour Impériale d'Allemagne, dans son arrêt du 23 Janvier 1897, relatif au navire „Dora" (3). La Cour applique la loi du port où les relations entre le navire et la cargaison cessent, en se fondant sur l'avantage pratique et sur la considération que le contrat d'affrétement est rompu. C'est dans cette dernière considération que se trouve le poids

(1) Foote, op. cit , p. 405 sqq. The Industrie (1894) p. 58, 63, L. J. P. 84. Lloyd v. Guibert, L. R. I. Q. B. 115. Conf. Westlake, op. cit. § 219.

(2) Tribunal civil du Havre, 14 Mai 1895, 22 Mars 1898. Rouen, 31 Juillet 1895. Journal de *Clunet* 1898, p. 891, 1895, p. 1088.

(3) Entscheidungen, XXXVIII p. 141. Conf. O. L. G. Hamburg, 3 Juin 1896. Journal de *Clunet* 1896, p. 825.

de l'argument. L'obligation est traitée comme un lien de droit, que la loi du port de refuge attache à un ensemble de circonstances, qui se manifestent dans ce port. Mais je ne suis pas convaincu. Pour moi, s'il y a un fret dû, c'est en vertu du contrat, qui est bien rompu, mais dont un morceau subsiste. Les parties auraient pu exclure ce fret de distance, cette clause subsisterait aussi quand même le contrat serait rompu.

Il résulte des conditions, dont j'ai fait dépendre la localisation au port de départ, que cette localisation ne pourra pas toujours avoir lieu, bien que le plus souvent l'une des deux conditions au moins soit remplie. L'entrepreneur peut n'avoir aucun établissement au lieu du départ, ce lieu peut être un endroit qui ne forme pas un marché, ou bien le contrat peut avoir été conclu par correspondance. Dans ce cas les systèmes sont un moyen en apparence aisé de se tirer d'affaire ; il y a toujours une lex loci contractus, un peu difficile à déterminer quand il y a conclusion par correspondance, mais enfin déterminable ; il y a presque toujours une loi du pavillon (1) ; il y a même presque toujours une loi du lieu d'exécution, sauf dans le cas où le contrat a laissé ce lieu dans l'incertitude, auquel cas il faut trouver autre chose, la lex fori par exemple, qui est toujours à son poste. De cette manière on sort de la difficulté, et les lecteurs de l'ouvrage, qui ont foi dans le système, sont contents ; ils ont leur loi, mais en réalité on a donné une solution arbitraire, et comme les partisans de solutions arbitraires différentes ne peuvent pas se convaincre les uns les autres, on aboutit à des controverses inextricables.

(1) Conf. WESTLAKE, op. cit., loc. cit., § 219. Chart. Merc. Bank, v. Neth. India St. Nav. Comp., 1882, 10 Q. B. D. 534—536.

C'est là, en petit, toute la question du droit international des obligations. Il vaut mieux avouer la lacune. Le contrat au reste ne cessera pas d'être soumis au droit, ni même, le plus souvent, au contenu d'une loi, seulement cette dernière ne sera pas déterminable d'avance. Le contrat — étant donné que les personnes sont capables, et que l'objet n'est pas contraire à la morale ou à l'ordre public de la société internationale — sera obligatoire en vertu du droit commun international, l'étendue des obligations des parties sera déterminée par la confiance que chacune d'elles a inspirée à l'autre, et cette confiance elle-même par les circonstances. Ces circonstances peuvent conduire à l'application d'une loi, celle du lieu du contrat, de la nationalité ou du domicile commun des parties, celle du pavillon, voire celle du lieu d'arrivée, si les circonstances établissent que les parties ont été d'accord. C'est la part de vérité que renferment le système de l'autonomie et tous les autres systèmes qui peuvent y être rattachés.

Quant aux conséquences juridiques que peut avoir un transport par plusieurs entrepreneurs successifs, il n'y a pas non plus de solution générale à donner pour les transports maritimes, où le transport successif commence seulement à se produire, sous l'empire de connaissements directs. Il n'y a pas encore de textes spéciaux comme pour le transport successif sur rails. En attendant, il faut considérer chaque transport en lui-même; il est possible que les circonstances indiquent qu'il y a une association en participation entre les entrepreneurs ou qu'un entrepreneur subséquent, en acceptant la marchandise avec un document ou la copie d'un document, accède au contrat primitif, mais on ne peut pas le dire d'avance.

Je finis par arriver, en raisonnant ainsi, au lieu de destination, après avoir échappé au chant des sirènes, qui ont

tenté de m'attirer dans des systèmes. Mais au lieu de destination, il y a encore des difficultés, difficultés que j'ai examinées pour le transport des marchandises en général. Je n'ai plus qu'à confirmer mes résultats pour notre matière spéciale.

Le destinataire, en principe, accède au contrat qui a été fait en son nom ou en sa faveur. S'il a un connaissement — point sur lequel je reviendrai — il emprunte au titre un droit que je considère comme indépendant du contrat primitif, à moins que le connaissement n'y renvoie ou ne contienne lui-même les conditions du transport. S'il n'y a pas de connaissement ou si le connaissement renvoie au contrat primitif (ou à la charte-partie) le destinataire sera lié par ce contrat, en ce qui concerne les conditions générales du transport, le paiement du fret, les clauses d'exonération. Je ne vois pas de motif de soumettre, absolument, ces clauses à la loi du pays d'arrivée (1) ; je pense seulement que le juge de ce pays pourra les déclarer inopérantes, s'il croit devoir les considérer comme contraires à la morale universelle, et qu'il devra le faire, si la loi de son pays le lui ordonne. S'il y a un connaissement qui règle les conditions auxquelles le titulaire est soumis, c'est le titre qui est base des droits du destinataire ; sauf à dire que le juge fera pour les clauses d'exonération inscrites dans le titre ce qu'il ferait pour celles qui sont dans le contrat de transport primitif.

Quant aux modalités du déchargement, quant aux jours de planche, etc., on est assez bien d'accord pour les soumettre à la loi ou aux usages du lieu d'arrivée. Cet accord n'est pas un argument, mais une preuve qu'on sent qu'il

(1) Conf. en sens contraire. Trib. d. comm. d'Anvers 14 Janvier 1892. Journal de *Clunet* 1893, p. 949. Le tribunal dit que les parties sont censées s'être référées à la loi du lieu d'exécution de l'obligation.

doit en être ainsi (1). On n'est pas d'accord sur les motifs. Les uns y voient l'effet d'un principe général sur le mode d'exécution des obligations, les autres une application de ce que les parties ont dû raisonnablement vouloir. Pour moi je pense que les relations juridiques, qui ont pour objet la prestation de travail qui doit se faire au lieu de délivrance, se localisent au lieu d'arrivée et pénètrent dans un cercle local de la vie active. C'est pour cela que je soumets aussi, à la loi locale, les conséquences juridiques des faits du destinataire, notamment l'acceptation sans protestation avec paiement du fret.

Quant au privilège de l'entrepreneur et quant à la prescription, je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit, en traitant du contrat de transport de marchandises en général.

---

§ 45. *Transport de marchandises sur les voies ferrées.*

A. **Considérations générales.**

Les chemins de fer ont donné un grand essor à l'esprit humanitaire. Ce n'est pas sans raison qu'on leur donne pour armoiries une roue ailée. Mais je serre tout de suite le frein de mon enthousiasme ; les faits sont suffisants.

Au début, on a considéré les chemins de fer comme un jouet de luxe, à peu près comme on considère aujourd'hui les aéroplanes. Mais cela n'a pas duré. On a bien vite compris leur importance. Les dispositions du droit national sur le transport en général n'ont pas pu supporter le poids de la locomotive, elles ont dû élargir leur base. Même le droit privé

(1) Code de commerce néerlandais, art. 498.

n'a pas suffi, le droit administratif a dû lui venir en aide. La sécurité publique, l'intérêt de la poste aux lettres, la défense du territoire et d'autres intérêts encore, ont déterminé une immixtion de plus en plus grande de l'Etat dans l'exploitation des chemins de fer, immixtion qui est allée souvent jusqu'à l'exploitation par l'Etat. Même le droit privé des chemins de fer est entré si fortement en ébullition sous l'influence de questions brûlantes de philosophie sociale, que son caractère de droit privé s'est presque évaporé. Cela est vrai du contrat de service qui se forme entre l'entrepreneur et son personnel; cela est vrai aussi du contrat de transport de marchandises. Lorsque la loi a imposé à l'entrepreneur l'obligation de transporter, en précisant dans quelle mesure il peut s'exonérer, en déterminant le tarif et les autres conditions de transport et en défendant toute faveur individuelle, le contrat de transport prend un caractère rigide que les contrats du droit privé n'ont pas habituellement.

Au début aussi, les chemins de fer ont été considérés uniquement comme une matière d'intérêt national. Mais cela n'a pas duré non plus. On a compris bien vite leur importance pour les communications internationales. L'uniformité de la voie ferrée a précédé l'évolution du droit; les exceptions faites pour des motifs stratégiques confirment la règle. Le droit international des chemins de fer est en avance sur les autres parties du droit, il possède dans le traité de Berne un premier chapitre d'un code supranational. Mais comme le traité de Berne n'est pas un traité universel, ni même un traité européen, il est utile de dire quelques mots du transport de marchandises qui n'est pas soumis au traité. Nous n'aurons besoin d'ailleurs que de confirmer ce que nous avons dit du contrat de transport en général.

B. **Esquisse du droit comparé.**

L'influence que le droit administratif exerce sur les chemins de fer et la rigidité que cette influence a donnée au contrat de transport, rendent une comparaison des lois à peu près inutile pour le droit international privé. Les lois sont faites pour la vie active locale, la seule que le droit administratif national puisse embrasser.

Par contre, il est particulièrement intéressant de comparer les lois entre elles, au point de vue de la politique suivie par les Etats dans l'organisation de l'exploitation des chemins de fer de leur pays. La publication du Bureau international de Berne (1), qui paraît depuis 1893, fournit à ce sujet, pour les Etats qui font partie de l'Union formée par le traité de 1890, un matériel formidable. De plus en plus, le pouvoir régulateur de l'Etat est exercé minutieusement, surtout lorsque l'Etat n'exploite pas lui-même les chemins de fer. Naturellement c'est la question de la responsabilité des compagnies ou des entrepreneurs qui domine, en se combinant avec l'obligation du transport, imposée par l'Etat. Il a fallu régler quelles marchandises l'entrepreneur peut refuser ou n'accepter que conditionnellement, quels sont les dommages dont il ne répond pas, et surtout l'étendue des dommages-intérêts en cas de perte totale, de détérioration et de retard. Le système de la taxe normale, lorsqu'il n'y a pas de déclaration de valeur, systéme que l'art. 427 de l'ancien code de commerce allemand avait autorisé, et que le nouveau limite sensiblement (2), en mettant le droit interne d'accord avec le droit international, forme un sujet d'étude des plus

(1) *Zeitschrift für den Intern. Eisenbahntransport*, Berne et Zurich.

(2) § 457 et 461. *Denkschrift* p. 131. Cosack, *Handelsrecht* § 90, p. 415.

curieux. La comparaison de ce système avec celui de la loi française de 1905 est de nature à faire comprendre combien les idées des législateurs sur les clauses d'exonération se sont modifiées, depuis que l'exploitation des chemins de fer par l'Etat s'est développée.

Dans les fédérations d'Etats, la politique suivie par le pouvoir fédéral, quant aux législations particulières, est aussi un sujet digne d'études. La Suisse et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord forment sous ce rapport un contraste. Dans la République helvétique, le pouvoir central domine et une législation fédérale très étendue (1) a soumis les chemins de fer suisses à un droit uniforme. Dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, la législation fédérale n'a pu atteindre que le transport qui s'étend au delà des frontières d'un Etat; la question constitutionnelle et politique est d'autant plus délicate que les grandes compagnies de chemins de fer sont de véritables puissances (2).

C. **Traité de Berne.**

C'est de la Suisse qu'est venue l'initiative qui a conduit à la convention conclue à Berne en 1890, modifiée par l'arrangement additionnel du 26 Juillet 1895 et la convention additionnelle du 16 Juin 1898, et en vigueur, dans le texte remanié, depuis le 10 Octobre 1901. Les adhérents primitifs

(1) Loi fédérale du 29 Mars 1893. Bulletin de l'office. (Zeitschrift f. d. In. Eis.) 1893 p. 215. Une liste des lois fédérales se trouve dans les Bulletins de 1894 p. 31 et 1898 p. 143.

(2) Loi fédérale du 4 Février 1887, revisée en Mars 1889 et Février 1893. Bulletin de l'office, 1898 p. 67 et 93. Conf. Bryce, *The American Commonwealth* II, Chap. XCI p. 430, Chap. XCIX p. 522 sqq.

sont l'Allemagne, l'Autriche et la Hongrie, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Russie et la Suisse. Le Danemark est venu s'y joindre en 1897 et la Roumanie en 1904 ; la procédure d'admission de nouveaux Etats a été réglée par une déclaration du 20 Septembre 1893. Une conférence de révision s'est réunie à Berne en Juillet 1905 (1).

L'histoire de cette matière sortirait du cadre de notre travail, mais, par son caractère général, la convention s'y rattache. Ce qui a donné lieu à un accord international, ce n'est pas tant l'existence de doutes sur la loi applicable que le désir de soumettre le trafic direct international à un droit commun ; la convention est véritablement un acte d'administration fédérale, en même temps que le premier chapitre d'un code continental. Elle impose à ce trafic le droit que les Etats imposent au trafic national, l'obligation du transport, la responsabilité exactement déterminée, la codification des rapports entre les entrepreneurs successifs, la rigidité du contrat.

Ce droit commun a été formé au moyen de ce qu'on a trouvé de meilleur dans les lois. Quelquefois il a fallu transiger, par exemple sur la mesure des dommages-intérêts. Par ci, par là, le traité procède par le moyen d'un renvoi à une loi. Ainsi l'art. 22 soumet les effets du gage légal de l'entrepreneur à la loi du lieu où la délivrance se fait, et l'art. 19 applique au mode de délivrance les lois et règlements qui régissent le chemin de fer qui l'opère. L'art. 45 a unifié les délais de la prescription, mais il a renvoyé à la loi du lieu, où une procédure s'engage, pour ce qui est de l'interruption de la prescription. Enfin l'art. 55 renvoie à la lex

---

(1) Bulletin de 1905, (Août) p. 271.

fori pour les matières de procédure, qui n'ont pas été réglées par la convention. Ces dispositions ne sont pas sans importance, mais elles ne constituent pas le but principal de l'entente.

D. Application du droit.

Il est aisé de reconnaître que le contrat de transport de marchandises par la voie ferrée sera local-national ou local-étranger lorsque le transport doit avoir lieu dans les limites d'un Etat, et que l'entreprise qui s'oblige à l'opérer est établie dans cet Etat. Le juge appliquera alors le droit de son pays ou le droit local-étranger. Le traité de Berne repose sur ce principe, il ne s'occupe que du trafic international, et, en déterminant l'étendue de ce trafic, il définit, par exclusion, le trafic local. En sa qualité de droit codifié, il a pu établir une ligne de démarcation qui dépasse un peu la frontière, mais l'exception confirme la règle.

Quant à la partie du trafic international qui tombe sous le traité de Berne, elle sera régie par ce traité, non seulement pour les juges des Etats qui ont adhéré, mais aussi pour les autres. Il y a ici véritablement des Etats-Unis de l'Europe centrale, formant un seul territoire au point de vue du réseau des chemins de fer auxquels la convention s'applique.

On peut dire aussi que la loi fédérale américaine de 1887 régit le trafic entre les Etats de l'Union, mais cette loi est plutôt un monument de la politique fédérale qu'une loi de droit privé.

Comme il est certain que l'entente internationale n'embrasse pas l'univers, ni même tous les pays qui se trouvent sur un même continent et dont les réseaux se touchent, la question du droit applicable à un transport international de marchan-

dises par les chemins de fer peut se présenter, sans qu'on puisse invoquer un traité ou une loi fédérale. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de reprendre ici, en ce qui concerne les rapports entre le chargeur et le premier entrepreneur ou ceux entre le destinataire et le dernier, le raisonnement qui nous a conduit à l'application du droit pour le contrat de transport en général et pour le transport maritime en particulier. Mais il importe de montrer l'importance qu'il faut attacher ici à la lacune que le droit international non codifié présente, en ce qui concerne les rapports entre plusieurs entrepreneurs successifs, ou entre un entrepreneur intermédiaire et le chargeur ou le destinataire. Le transport successif, qui est passablement rare pour le droit maritime, est un cas très ordinaire quand il s'agit d'un transport international par chemins de fer. Je ne vois aucun avantage à masquer la lacune en imaginant une règle mécanique. Ni la loi du pays où le transport commence, ni celle du pays où il finit, ne sont applicables par elles-mêmes au transport international successif. Force est de diviser la matière et de chercher le droit dans les circonstances de chaque relation particulière. La lacune a été comblée par le traité de Berne, et cela a été un des motifs qui l'ont fait conclure. C'est un remède de ce genre que le droit international réclame.

---

§ 46. *Le transport aes personnes.*

A. **Considérations générales.**

Le transport des personnes, ainsi que celui des bagages, que les personnes emportent, n'a pas encore fait l'objet d'une codification internationale. Même dans les droits nationaux

les dispositions générales sur le transport des personnes sont assez rares, presque toujours c'est aux transports maritimes ou aux chemins de fer que le législateur a pensé, ou tout au moins aux entreprises publiques, comme en Angleterre, indépendamment des dispositions du „Merchant Shipping act, 1894", sections 267 sqq. La loi belge de 1891 a quelques dispositions générales, assez peu étendues.

Il est certain qu'il y a de très grandes différences entre le transport des personnes et celui des choses. La personne humaine a une individualité reconnaissable ; régulièrement, elle se transporte jusqu'au véhicule, y entre et en sort par ses propres forces, elle est son propre destinataire, et pendant le transport elle n'est pas tout à fait passive, elle peut et doit se protéger elle-même jusqu'à un certain point.

Lorsque la loi d'un pays est muette sur le contrat de transport des personnes, cela n'empêche pas l'application du droit à ce contrat. Il faudra recourir aux principes généraux, interpréter la commune intention des parties ou la confiance que leurs déclarations ont fait naître. Mais il y a cependant des difficultés. La plus importante est, comme toujours, la question de la responsabilité des entrepreneurs, et le fardeau de la preuve. La question est trop connue pour que j'insiste. On peut soutenir que l'entrepreneur garantit l'intégrité physique du voyageur, et que partant il suffit de prouver qu'un accident de transport a porté atteinte à cette intégrité ; on peut aussi dire que l'obligation de l'entrepreneur consiste à transporter en prenant les précautions, qui rentrent dans la confiance que, comme homme du métier, il a inspirée à ses voyageurs, et que le voyageur, outre l'accident, doit établir une faute imputable à l'entrepreneur. La question est controversée; des dispositions comme l'art. 4 de la loi belge sont

rares. Celle de la validité des clauses d'exonération est à tout le moins controversable aussi (1). La loi belge ne renferme de disposition à ce sujet que pour les chemins de fer (art. 17).

Je mentionne ces controverses par acquit de conscience, mais je n'ai pas l'intention de traiter du contrat de transport des personnes en général. Il est bien rare qu'un contrat international de ce genre ne doive pas être exécuté par le moyen d'un navire ou d'un train. Et puis, il y a trop peu de textes et trop de controverses. Le juge, obligé de résoudre une controverse du droit étranger, n'a d'autre guide que sa conscience juridique; il peut accepter la jurisprudence étrangère, mais lorsqu'elle n'est pas une source de droit, elle ne le lie pas. Il en est de même de l'opinion des auteurs étrangers.

Mon travail va se concentrer sur deux points, le contrat de passage par navire de mer et le contrat de transport par chemin de fer. Les bagages suivent la personne en droit comme en fait, on pourrait dire ici: „mobilia ossibus inhærent".

B. **Contrat de passage maritime.**

Le code de commerce français ne s'occupe pas des passagers, ce qui entraîne une application des principes généraux, et laisse au juge une grande liberté d'appréciation (2). Le code de commerce néerlandais de 1838 a donné quelques règles, dont il a cru devoir limiter l'application aux navires en destination de l'étranger. Son exemple a été suivi par un grand nombre de codes, notamment les codes de commerce

(1) Cassation française 2 Août 1890. Sirey, 90, I, 213, notes 4—5. Chambre des Lords 2 Mars 1894. Journal de *Clunet* 1897, p. 401 avec note également.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., V, nos. 623, 830 sqq.

allemand (§ 664 sqq.), italien (art. 582 sqq.), espagnol art. 693 sqq.), et les lois maritimes scandinaves (artt. 169 sqq.) Ces dispositions, bien qu'elles soient établies sur la même base, diffèrent assez notablement les unes des autres, notamment en ce qui concerne la cessibilité du contrat, le droit du passager de renoncer au voyage, la nourriture, l'effet des événements, les bagages et le droit de rétention privilégiée ou de gage du capitaine sur les bagages, etc. Ce sont des nuances, mais comme toujours la décision d'un procès peut en dépendre.

Je ne mentionne que pour mémoire les lois relatives au transport des émigrants, qui, bien qu'elles touchent au droit privé, ont surtout un caractère de police sociale, qui ne laisse aucun doute sur leur application locale. Les lois qui imposent à la marine marchande nationale des obligations en ce qui concerne le repatriement des marins ou le transport des prévenus ou des condamnés, ne donnent pas lieu non plus à des remarques.

Occupons-nous seulement du contrat de passage international.

Lorsque ce contrat a été conclu dans un port de départ, qui forme un marché des passages, ou avec un entrepreneur établi dans ce port, le contrat sera régi par la loi du pays où ce port se trouve. Il pénètre dans la vie active locale. Les lois, qui ont dit quelque chose à ce sujet, sont assez bien dans cet esprit. Ainsi notre code néerlandais, qui ne règle que le transport des passagers à destination de l'étranger, a dû avoir eu en vue un contrat fait dans un port néerlandais. L'art. 588 du code italien parle de voyages hors d'Europe, au delà du détroit de Gibraltar ou du canal de Suez, ce qui suppose raisonnablement un départ de l'Italie. L'art. 14 du traité de droit commercial de Montevideo est encore dans

cet esprit, il oppose le contrat local-national ou local-étranger au contrat international.

Les parties peuvent naturellement régler les conditions du transport, dans les limites que la loi applicable assigne à leur autonomie. Les grandes compagnies de navigation n'ont pas l'habitude, comme on sait, de faire des contrats spéciaux avec les passagers; leurs conditions imprimées sont à prendre ou à laisser. Rien ne s'oppose aussi à ce que le juge tire des circonstances la conclusion que les parties s'en sont rapportées à la loi du pavillon. Je me représente aussi le cas où la localisation du contrat n'est pas possible, et où les circonstances seules peuvent déterminer quelle est la substance des obligations des parties. La clause d'exonération n'exige pas ici un développement particulier.

Notre décision ne s'applique qu'aux obligations contractuelles. Le devoir du passager de se soumettre à la discipline du bord dérive de la loi, qui gouverne l'ordre social à bord, la loi du pavillon (1). Le passager est véritablement un „subditus temporarius", comme le dirait Grotius. Cela n'a même rien de particulier, c'est une exigence manifeste de l'ordre raisonnable de la vie dans la société universelle.

C. **Voyageurs en chemin de fer.**

Le transport des voyageurs et de leurs bagages par les chemins de fer est généralement réglé minutieusement par les lois, ordonnances, règlements, concessions et cahiers des charges. En Allemagne, le code de commerce mentionne les voyageurs et les bagages, mais en renvoyant à peu près

(1) Art. 528 c. d. c. néerlandais; § 665 c. d. c. allemand; art. 171 des lois scandinaves.

pour toute la matière aux ordonnances du trafic ; la responsabilité de l'entrepreneur est régie par une loi du 7 Juin 1871. Dans les Pays-Bas, la loi du 9 Avril 1875 a fixé la responsabilité des entrepreneurs quant aux personnes ; le règlement général d'administration publique (1901), qui contient les mesures d'exécution, suit de très près le droit allemand. En France, il y a une ordonnance du 15 Novembre 1846, revisée par décret du 1 Mars 1901 (1). Il n'y a pas grand intérêt à comparer ces documents au point de vue du droit international privé. Ils renferment un peu de tout, des mesures de sûreté, de l'hygiène, des leçons de savoir-vivre, même du droit privé. Mais c'est un droit privé rigide, qui marche sur des rails. Les conditions sont rédigées par les autorités ou sous leur haute approbation, et le contrat est à prendre ou à laisser.

Le contrat de transport local ne donne pas lieu à des difficultés ; toutes les lois et ordonnances sont basées sur la considération que c'est à elles qu'il appartient de le réglementer. Le contrat de transport international, par contre, qui régulièrement sera un contrat destiné à être effectué par plusieurs entrepreneurs successifs, se soustrait à l'application d'une loi unique. Il faut considérer en eux-mêmes, tant le premier contrat, qui peut imposer à l'entrepreneur qui le conclut la responsabilité d'un commissionnaire de transports (2), que les divers contrats subséquents. Il y aura une série de transports, tous rigides de par la réglementation administrative du pays où ils s'exécutent. Il peut y avoir là de graves inconvénients, non pas tant en cas d'accident personnel, qui

---

(1) Lyon-Caen et Renault, III, nos. 726, 792 sqq. L'ordonnance de 1901 se trouve dans le *Bulletin du bureau de Berne* 1901, supplément, p. 52.

(2) Cassation française, le 4 Déc. 1894. Journal de *Clunet* 1898, p. 770.

se localise le plus souvent, mais en cas de perte ou de détérioration des bagages. Le désir d'arriver à une entente, dans l'esprit du traité de Berne, a été exprimé officiellement, mais on ne peut pas dire qu'il y ait un commencement d'exécution (1).

§ 47. *Observation sur le droit privé de la poste et du télégraphe.*

Une observation suffit. La partie du droit de la poste et du télégraphe, que l'on peut considérer comme du droit privé, est assez restreinte, et ce droit a la rigidité, que nous avons rencontrée dans le droit des chemins de fer. Le but de l'observation n'est pas d'appeler l'attention sur les relations de *droit privé* — de droit international privé, dans le sens littéral des mots — que la poste et le télégraphe font naître *entre les Etats*, comme entrepreneurs successifs d'un transport de choses ou de dépêches, mais de montrer que la distinction entre les relations juridiques *locales* et les relations *internationales* a passé ici à peu près complétement de la théorie dans la pratique. Les traités ne s'occupent que des transports internationaux, et consacrent ainsi la distinction. La vie active universelle a obtenu le droit universel que son développement exige.

(1) Discours de M. le Conseiller fédéral ZEMP, dans le Bulletin du bureau de Berne, 1905, p. 278.

3ième GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES. ASSOCIATION.

§ 48. *Division de la matière.*

J'entends limiter cette partie de mon travail aux associations conventionnelles du droit privé, qui n'appartiennent pas au droit de famille. Les associations de fait, qui dérivent de l'enchevêtrement de certains intérêts, seront traitées plus tard. Les associations du droit public, bien qu'elles puissent devenir créancières ou débitrices dans la vie active universelle, ont une localisation trop manifeste pour que je m'en occupe. Le mariage, le régime matrimonial légal et le contrat de mariage sont mieux à leur place dans le droit de famille.

Les associations conventionnelles du droit privé, dont je vais m'occuper, se forment lorsque des particuliers constituent volontairement un groupe, qui au moyen d'une organisation tout au moins rudimentaire, s'efforcera d'atteindre un but que les membres du groupe considèrent comme avantageux pour leur groupe. A la rigueur, les membres pourraient donner uniquement leur appui moral, mais l'association ne deviendra pratique que si les membres s'engagent à mettre quelque chose en commun, de manière à constituer un fonds, qui sous la direction de certains organes, sera employé pour atteindre le but. Les moyens, l'organisation et le but sont ainsi les éléments fondamentaux de l'association.

Entre les contrats que nous avons traités, les contrats caractérisés par une mise en valeur de biens ou une prestation de travail, et ceux que nous allons rencontrer, les contrats d'association, les limites ne sont pas rigoureuses dans la vie pratique. La science distingue pour pouvoir classifier, mais ceux qui font un contrat sont libres de combiner à leur gré les prestations et les contreprestations, sans s'inquiéter de savoir sous quelle rubrique la science placera leur contrat. Ainsi bien des contrats de mise en valeur, le louage par exemple, et la plupart des contrats de travail, peuvent, comme Crome l'a fait voir dans sa monographie, prendre un caractère partiaire, cependant on doit les distinguer des associations. Quant à l'assurance, je la garde en réserve.

Les législations nous montrent un grand nombre de formes d'association, mais elles ont abandonné à la science le soin de définir les principes de l'association en général. La loi française du 1er Juillet 1901, relative au contrat d'association, semble prendre le terme association dans son sens le plus général ; en réalité l'art. 1er définit une seule forme, l'association proprement dite, qu'il oppose à la société. Si je prenais l'association dans son sens le plus large, la colonne vertébrale de toutes les formes, comme base de mon travail, je ne trouverais pas les éléments de comparaison nécessaires. Force m'est de prendre les formes les plus usuelles et de les traiter successivement dans un ordre méthodique.

Même quand on se place au point de vue pratique des formes les plus usuelles, ce n'est pas chose aisée que de classer les associations. Les législations ont un luxe de formes, comme le langage a un luxe d'expressions, allant depuis le compagnonnage jusqu'à la compagnie. On parle de cercles, de

clubs d'agrément, de confréries charitables, d'instituts, corporations ou corps scientifiques, d'unions ou de syndicats professionnels, de sociétés civiles ou commerciales, sans compter les fédérations de sociétés, les trusts de compagnies. Faut-il prendre pour base les modalités du but, qui peut être idéal ou économique, égoïste ou altruïste ; celle des opérations, qui peuvent être civiles, commerciales ou même mixtes ; celles de l'organisation, qui peuvent présenter un simple lien entre des personnes naturelles, la fusion de ces personnes dans une personnalité collective ou leur remplacement par une personnalité distincte ?

Mon but n'est pas de faire de la science mais d'étudier la vie juridique universelle. Je crois que je l'atteindrai en dégageant, de l'association en général, une de ses formes, la société, et en gardant le nom d'association proprement dite pour le reste. La société me paraît caractérisée par des apports, qui se combinent sans se confondre, et qui sont destinés à produire des bénéfices, divisibles dans la proportion de l'évaluation des apports. L'association, qui a un but idéal, se distingue facilement de la société ; lorsqu'elle a un but économique, elle diffère de la société en ce qu'elle ne se propose pas de faire des bénéfices divisibles dans la proportion des apports ou cotisations.

Je me rends bien compte du fait que ma définition de la société ne correspond pas à celles que donnent toutes les lois, mais je crois qu'on peut la considérer comme un type composé, de la même manière qu'en superposant les clichés photographiques d'individus appartenant à une race ou à un groupe social, on obtient un portrait composé, où les caractères individuels sont effacés et les caractères communs mis en lumière. Mon type composé ne s'écarte pas sensiblement du droit français,

néerlandais, italien ou anglais. ADDISON (1), qui le donne à peu près en prenant le contrepied de la section 4 de la loi anglaise de 1862 sur les compagnies, cite dans une note la définition de PÜFENDORF, avec qui je suis heureux de me rencontrer. Celle de l'art. 524 de la loi fédérale suisse est plus large que la mienne, mais elle comprend au moins certaines associations (titre XXVIII). En Belgique, la définition du code civil français sert de base, et l'art. 1er de la loi du 18 Mai 1873 sur les sociétés à forme commerciale renvoie au code civil; dans l'art. 2 de la même loi une individualité distincte de la personne des associés est donnée aux cinq espèces de sociétés que cet article énumère, ce qui suppose une fort large idée de société (2). Le législateur allemand n'a pas voulu suivre la voie de la loi suisse (3); cependant l'idée qu'il donne de la société, dans le § 705 du code civil, est fort large aussi, plus large que celle du premier projet (4). Le § 54 de ce code renvoie, pour les associations qui n'ont pas la personnalité civile, aux dispositions sur les sociétés. Je crois pouvoir dire modestement que ces différences sont des caractères individuels, qui disparaissent dans le portrait composé.

Il sera nécessaire plus tard de subdiviser encore les sociétés. Cela va de soi. J'aurai l'occasion alors de parler de l'armement maritime, qui n'est pas toujours une société, mais qui se rattache pourtant à notre matière.

(1) Op. cit., pag. 792.
(2) NAMUR, op. cit., n°. 803. LAURENT, *Principes* XXVI, n°. 181.
(3) Motifs, II, 593.
(4) REATZ, op. cit., I, 325. Conf. COSACK, B. R. II, 425.

1ière SECTION.

L'ASSOCIATION PROPREMENT DITE.

§ 49. *Points saillants de comparaison quant à la personnalité civile.*

Le droit d'association et de réunion, en tant qu'il appartient au droit constitutionnel ou public, doit rester en dehors de ce travail. Ce n'est pas du droit privé et son caractère local est tellement prononcé, qu'on ne peut pas supposer que le juge hésite à appliquer le droit de son pays, dès qu'il s'agit de l'exercice du droit politique d'association ou de réunion dans ce pays. Mais il est une autre question, qui n'est pas sans avoir quelques rapports avec les dangers réels ou imaginaires du droit illimité d'association, mais qui est cependant une question de droit privé, c'est la question de savoir sous quelles conditions un groupe de personnes, ayant un but, des moyens et une organisation, peut former un être juridique, distinct des membres du groupe et capable d'acquérir et d'exercer des droits. L'universalité de la vie active transporte cette question dans le droit international.

Les dispositions légales sur la personnification civile des associations portent l'empreinte d'une certaine défiance. Cette défiance n'a plus de raison d'être, mais bien des choses qui n'ont plus de raison d'être ont la vie dure. Dans le droit

romain de l'époque impériale, ou plutôt de la décadence de l'Empire, on conçoit que le maître du monde, esclave de la peur, ait vu un commencement de complot dans toute association, voire dans tout rassemblement de plus d'une personne. Aujourd'hui cela ne se dit plus, mais les législations en portent la trace. Il est d'ailleurs une autre considération que l'on entend même dans les pays qui ont fait du droit d'association un droit fondamental de l'homme. C'est la considération que l'attribution de la personnalité à un groupe d'homme est une *fiction*, qu'il n'appartient pas à des particuliers de la créer, et que partant la personnalité civile ne peut résulter que d'une concession de l'autorité (1). Ce principe, posé pour le droit national, prétend pénétrer par la logique dans le droit international (2). Bien que ces idées aient été combattues avec grande force par de bons auteurs (3), elles ont la vie dure aussi.

Notre législation néerlandaise a passé successivement par les diverses phases, qui représentent assez bien les diverses variétés des législations des autres Etats. Au commencement du XIX[ième] siècle, le code pénal français a été mis en vigueur dans les Pays-Bas, avec ses artt. 291 et 292 dans leur teneur primitive. En 1838, le code civil national s'est jeté dans l'autre extrême. Dans un titre placé à la suite de celui des sociétés (Livre III, titre X) il donne aux particuliers pleine liberté de former des corporations, sous la seule condition qu'elles aient un but qui ne soit pas contraire aux

(1) Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* II, § 4, § 10, III.

(2) Laurent, *Principes*, I, n°. 288. *Droit civil international*, IV, n°s. 84 et 119.

(3) Lainé, *Des personnes morales en dr. intern. privé*, dans le Journal de *Clunet*, 1893, p. 273.

lois et aux bonnes mœurs. Depuis, une loi du 22 Avril 1855, tout en maintenant dans les mêmes limites le droit de former une association, soumet la personnalité civile à la condition de l'approbation des règlements par l'autorité. La loi règle aussi la possibilité d'une déchéance de la personnalité. L'art. 14 de la loi, revisé en 1866 avec effet rétroactif jusqu'à 1855, dit expressément que la loi ne s'applique pas aux sociétés civiles ou commerciales, aux institutions d'assurances mutuelles et à l'armement maritime. La loi ne parle pas de corporations étrangères.

Les législations étrangères montrent aussi deux extrêmes qui se touchent par leurs évolutions, le système de la liberté et le système de la concession. La liberté peut être absolue, sous la réserve des lois prohibitives et des bonnes mœurs, ou bien elle peut être soumise à des conditions légales ; la concession peut être spéciale et arbitraire pour chaque cas, ou bien elle peut être réglementée de telle sorte, que ceux qui remplissent les conditions légales sont sûrs de l'obtenir.

En France, le système de la concession a prévalu jusqu'à la loi de 1901, mais la concession a été donnée en général à certaines catégories d'associations, notamment par la loi du 21 Mars 1884 sur les syndicats professionnels, et celle du 15 Avril 1898, sur les sociétés de secours mutuels, légèrement modifiée par une loi du 2 Juillet 1904. La loi française du 1r Juillet 1901 (1), loi politique en grande partie, a consacré dans son premier titre le système de la liberté, qui permet d'acquérir une personnalité avec capacité restreinte, et, dans son deuxième titre, le système de la concession, qui donne

(1) Notices et notes de M. HUBERT-VALLEROUX, dans l'Annuaire de la Soc. de législ. comp., XXI, p. 83.

une capacité plus étendue. L'art. 12 permet de dissoudre, sous certaines conditions, les associations composées en partie d'étrangers, celles ayant des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger. Pour ce qui est de la Belgique, LAURENT cite, en l'approuvant, un arrêt de la Cour de cassation qui exige qu'une corporation soit autorisée pour qu'elle puisse avoir la personnalité civile (1). ROLIN se rallie en théorie à cette opinion, en combattant les idées de LAINÉ (2). La loi belge du 23 Juin 1894, sur les sociétés mutualistes, confirme cette manière de voir ; mais celle du 31 Mai 1898, sur les Unions professionnelles, suit un système qui concède directement la personnification civile, dans les limites et sous les conditions résultant de la loi. La loi fédérale suisse sur les obligations règle fort longuement, dans l'esprit du système de la liberté conditionnelle, la constitution et les droits des associations, qui sans être des sociétés (art. 678) poursuivent un but économique ou financier, et celle des sociétés qui ont un but intellectuel ou moral (titres XXVII et XXVIII). Le droit cantonal conserve une autorité assez grande (artt. 716—719). Les corporations étrangères n'ont pas fait l'objet d'une disposition expresse (3).

En Angleterre, au Canada et aux Etats-Unis, pour autant, quant à ces derniers, que l'on peut tirer une conclusion générale des lois particulières des Etats, l'expression „corporation" est prise dans son sens le plus large, comprenant les institutions publiques, même lorsqu'un magistrat isolé est

---

(1) Arrêt du 30 Juin 1854. (Pasicr. 1854, 1, 336). LAURENT, *Principes*, XXVI, n°. 86.

(2) Op. cit., I, n°. 27 sqq. Conf. VAN BERCHEM, *Capacité civile des corporations étrangères, d'après le projet de révision du code Napoléon soumis aux Chambres belges*, dans la *Revue* ROLIN, 1889, p. 5.

(3) MEILI, op. cit., § 66.

à leur tête (1). L'idée d'une personne artificielle domine et les auteurs font toujours remonter l'origine des corporations à un acte de souveraineté. Cet acte peut à la rigueur être établi par induction ou même par prescription immémoriale, mais normalement c'est, sinon une charte royale, du moins une décision d'un pouvoir représentatif. Cette décision n'est pas toujours une décision spéciale; des lois générales ont permis aux individus de constituer une corporation en observant les formes légales. Les constitutions de certains Etats de la grande confédération de l'Amérique du Nord défendent même d'accorder individuellement des chartes d'incorporation; le droit des pouvoirs fédéraux d'accorder une charte de ce genre n'est pas indiscuté (2). En Angleterre les plus importantes de ces lois générales sont la loi de 1862 sur les compagnies, avec une immense série de lois complémentaires et modificatives, ainsi que les lois sur les sociétés ayant un but amical ou d'intérêt mutuel. Aux Etats-Unis, les lois des Etats diffèrent; des ouvrages spéciaux les énumèrent aussi que celles des provinces canadiennes (3). Quant aux corporations étrangères, qui comprennent, pour les Etats de l'Union, celles qui ont été constituées dans d'autres Etats de l'Union, les auteurs commencent généralement par dire que le droit strict ne comporte pas la reconnaissance des corporations étrangères, et que cette dernière dépend de la bienveillance internationale. Cependant cette bienveillance conduit, généralement aussi, au résultat positif que les corporations

(1) Brice, *The law of ultra vires*, p. 6, 16, 25/26.

(2) C. F. Beach Jr., *Comment. on the law of private corporations* (Chicago 1891) § 4.

(3) Cook, *on corporations* (New-York 1889).

étrangères peuvent à tout le moins ester en justice comme telle (1).

En Allemagne, la matière a été réglée par le code de 1900, non sans peine. Il importe de le rappeler, parce que le droit national réagit sur le droit international. Je serai aussi bref que possible, et pour l'histoire des dispositions, je me permets de renvoyer aux auteurs, à Dernburg par exemple. La loi divise les associations, qui veulent devenir personnes juridiques, en deux catégories, celles qui ont un but idéal et celles qui ont pour but des opérations économiques (§§ 21, 22) ; c'est à la science qu'il appartient de dire à quelle catégorie appartiennent celles qui ont un but mixte. Les premières sont libres en principe, en ce sens qu'elles ne sont pas soumises à l'autorisation préalable. Elles obtiennent la personnification civile en faisant inscrire leurs statuts, qui doivent être conformes aux §§ 56—59 du code civil, mais l'autorité administrative peut faire opposition, lorsque l'association est prohibée ou peut être interdite en vertu du droit public, ou lorsqu'elle a un but qui touche à la politique en général, aux revendications sociales ou à la religion. La décision appartient aux autorités supérieures de la juridiction administrative. Les associations qui ont un but économique ont besoin, lorsqu'elles ne tombent pas sous des dispositions particulières d'une loi de l'Empire, d'une autorisation de l'Etat allemand où elles ont leur siège. Les associations qui n'ont pas leur siège dans un Etat de l'Allemagne (§ 23) peuvent être autorisées par le Conseil Fédéral. La loi dit qu'une association peut être déclarée déchue de sa per-

(1) Foote, *Foreign and Domestic law* (3d ed. London 1904) p. 126 sqq. Kent, *Comm. on American law* (12th ed. Boston 1887), p. 285. Wharton, op. cit., § 105 sqq. Beach, op. cit., II, §§ 411—420.

sonnalité (§ 43), elle s'occupe aussi des associations qui n'ont pas la personnalité civile, auxquelles elle applique le droit des sociétés civiles ; elle ajoute (§ 54, 2e alinéa) que ceux qui agissent en leur nom sont obligés personnellement, et même solidairement, s'ils sont plusieurs.

La loi sur la mise en vigueur du code civil s'est occupée plus spécialement des associations étrangères. L'association étrangère, dit l'art. 10, qui a la capacité juridique dans l'Etat auquel elle appartient, et qui tomberait sous les §§ 21 et 22 du code civil, a besoin d'être autorisée par un décret du Conseil Fédéral. La loi applique aux associations étrangères non autorisées le droit des sociétés et le 2ième alinéa du § 54 du code civil. L'art. 86 de la loi permet en général aux lois particulières des Etats allemands de limiter l'acquisition des droits par les personnes morales ou de faire dépendre cette acquisition d'une autorisation de l'Etat, pourvu qu'il s'agisse d'un objet dont la valeur dépasse 5000 marcs ; la loi ajoute quelques dispositions relatives à cette autorisation. Plusieurs Etats ont fait usage de cette faculté (1).

---

§ 50. *Points de comparaison en ce qui concerne l'organisation des associations et les pouvoirs des représentants.*

Toute association a besoin d'une certaine organisation. Son but ne peut être atteint que par des opérations dirigées par une ou plusieurs personnes naturelles. C'est à peine si elle peut se

(1) I. Plotke, *Die Rechtsfähigkeit ausländischer jur. Pers.* dans la Zeitschrift *Böhm-Niemeyer* 1900, p. 211.

passer d'une caisse, destinée à contenir le nerf de la guerre, comme on dit. Les personnes naturelles chargées de la direction ne sont ni immortelles, ni infaillibles ; il faut, après qu'elles ont été désignées, les remplacer, les surveiller, les destituer au besoin. Pour cela, il faut organiser des réunions de membres, régler le droit de vote, la convocation, l'ordre dans les assemblées, subordonner la minorité à la majorité, etc.. L'association, par l'entremise de ses directeurs ou gérants, entre dans des rapports avec des tiers, qui ont intérêt à connaître l'existence de l'association, les noms et les pouvoirs de ses représentants. Enfin, si l'association n'est pas sujette à la maladie ou à la mort comme les personnes naturelles, elle peut tomber économiquement dans des états analogues, qui peuvent entraîner sa dissolution avec nécessité de liquider ses affaires.

Plusieurs législations ont réglé ces points avec plus ou moins du détail, selon leur esprit. Dans le titre du code civil néerlandais consacré aux personnes morales (Livre III titre X), il y a un certain nombre de dispositions, dont la plupart ne sont destinées à régir les personnes morales que lorsque les actes constitutifs, les règlements et les pactes sociaux n'en ont pas décidé autrement. La publicité des règlements et de leurs modifications éventuelles est ordonnée, par la loi de 1855, pour les associations reconnues. Le code fédéral suisse est bien plus développé. Tout un titre, comprenant les artt. 678 à 715, est consacré aux réunions de personnes, qui, sans constituer une société dans le sens des titres qui précèdent, poursuivent un but économique ou financier commun ; la loi prévoit même la faillite. Les sociétés qui ont un but intellectuel ou moral sont reconnues dans le titre suivant, mais la loi n'est pas entrée dans de grands développements.

En Allemagne, les dispositions sur les associations pro-

prement dites, sont placées dans le 1er livre du code civil ; les personnes juridiques forment le pendant des personnes naturelles. La distinction entre les associations qui ont un but économique et celles qui ont un but idéal (§§ 21, 22) est encore bien plus marquée que dans le code suisse : la loi règle la constitution des associations en général et des associations à but idéal en particulier, d'une manière très détaillée, prohibitive en partie (1). Il n'y a pas grand intérêt à comparer ces dispositions avec celles des autres lois, il est clair qu'elles sont faites pour la vie active nationale. Je n'insisterai que sur les dispositions qui se rapportent à la représentation à l'égard des tiers, ce qui me permettra de confirmer ce que j'ai dit plus haut quant au mandat et à la représentation.

Le code civil néerlandais, rédigé à une époque où la distinction entre le mandat et la représentation n'avait pas passé dans la science, parle en général du pouvoir des gérants d'une association (art. 1692) sans distinguer dans le texte entre les pouvoirs à l'intérieur et l'aspect extérieur du droit de représenter. Le code suisse a fortement insisté sur cette distinction dans les artt. 699 et 700. A l'égard de l'association (art. 699), les pouvoirs sont définis par les statuts ou les décisions de l'association ; à l'égard des tiers, dit l'art. 700, la direction est réputée avoir le droit de faire tout ce qui peut rentrer dans le cercle de l'activité sociale, et les restrictions apportées à ce droit ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi (2). Ces dispositions se trouvent dans le titre XXVII ; le titre XXVIII exige seulement que les règlements organiques des sociétés, à but moral ou artis-

(1) Dernburg, op. cit., I, § 77.
(2) Schneider-Fick, op. cit., ad artt.

tique, mentionnent de quelle manière elles sont dirigées ou représentées. Dans le code civil allemand, la matière est réglée, pour les associations dont s'occupe le premier livre, avec des nuances assez sensibles. Une disposition générale, le § 26, permet de limiter dans les statuts, à l'égard des tiers, l'étendue du pouvoir de représentation du gérant, mais pour ce qui est des associations inscrites, il faut une inscription au registre, et il résulte du § 70 j° 68, que l'inscription même n'est pas absolument décisive pour les tiers, qui ont ignoré la chose et qui n'ont aucune faute à se reprocher. Le § 68 a une disposition analogue pour les modifications apportées au personnel représentatif. Il faut ajouter que le § 27 de la loi allemande du 1r Mai 1889 sur les associations d'un caractère coopératif, énumérées dans le § 1 de la loi, établit, quant à ces associations, des principes qui se rapprochent de ceux de la loi suisse.

Quelque intéressante que soit la matière, je n'ai pas à parler, dans le travail actuel, des fondations, que le code civil allemand règle dans les §§ 80 et suivants. Elles appartiennent tout à fait à la catégorie des personnes morales, alors que les associations volontaires du droit privé ont un pied au moins dans le droit des associations. Au reste, il est très difficile de dire, dans le droit international, où commence le droit des personnes morales et où finit le droit des associations. Si l'on voulait strictement placer tout ce qui a trait aux personnes morales dans la partie générale du droit international privé ou dans le droit des personnes, il faudrait y placer aussi les corporations du droit commercial, au moins les sociétés anonymes, et l'on se trouverait alors embarrassé en ce qui concerne la société en nom collectif et la société dite civile.

Je rappelle encore que j'ai écarté délibérément du cadre de mon travail les corporations du droit public, dont s'occupe le § 89 du code civil allemand. L'Institut de droit international les a prises en considération (1). La question est intéressante aussi, mais à de tout autres points de vue que ceux du droit des associations privées.

§ 51. *Caractère général des associations proprement dites dans le droit international privé.*

La question de savoir si les personnes naturelles peuvent prendre part à la vie active internationale et devenir les sujets de liens de droit, qni se forment dans un pays étranger, ne vaut plus la peine d'être posée. Mais cela peut se faire pour les personnes juridiques, même, comme on sait, pour les corporations commerciales. Pour le moment je m'en tiens aux associations proprement dites. En fait, elles prennent part à la vie active internationale, bien que cette part ne soit pas grande, au moins pour les associations du droit privé. Les corporations du droit public participent certainement à la vie active universelle ; les Etats achètent bien des choses à l'étranger, des œuvres d'art, des machines ou du matériel de chemins de fer, plus particulièrement des engins de guerre, des torpilles, des cuirassés, des sous-marins. Mais une association privée peut aussi étendre son action assez loin, elle peut acheter des œuvres d'art ou des machines, sans parler des opérations politiques, scientifiques, ou religieuses qui se font à l'étranger et qui prétendent même embrasser l'univers.

---

(1) *Annuaire* XVI, p. 279 sqq. ; particulièrement pp. 307, 308.

Le fait existe donc. Mais comment s'accomode-t-il avec le droit ?

On se souvient de ce qui a été dit au sujet du caractère fictif de la personnalité juridique. Beaucoup d'auteurs ne semblent pas mettre un instant en doute le caractère fictif des personnes morales. L'Etat seul peut, disent-ils, faire du néant une personne ; or, comme les pouvoirs de l'Etat s'exercent exclusivement intra territorium, la personnalité des êtres fictifs cesse d'exister à la frontière de l'Etat où ils ont été formés. Cela paraît logique. Il est vrai que cette logique se heurte aux exigences de la vie active internationale. Cela n'a pas conduit les auteurs en question à douter, sinon de la logique, du moins de la fiction qu'ils prennent pour base de leur raisonnement. Ils ont employé des moyens détournés pour échapper à la conclusion en distinguant entre le droit strict où la conclusion qu'ils font s'impose, et la bienveillance internationale, qui s'en écarte. Par ce moyen on aboutit à une solution plus libérale, utile surtout pour les corporations commerciales, dont la reconnaissance internationale forme une exigence manifeste de la vie active universelle.

Il me semble qu'on peut partir directement de cette exigence en abandonnant l'idée de fiction. L'association, qui prend part, comme telle, à la vie active, n'est pas une fiction. C'est plutôt la conception de l'individu isolé qui est une fiction. Le droit, l'ordre raisonnable de la vie en société, ne connaît que l'homme qui vit avec ses semblables dans un état d'association. Le genre humain est, par sa nature même, l'association juridique par excellence, l'être collectif dont les organes imposent aux hommes le droit. Les Etats, représentants du genre humain, sont des êtres collectifs

comme lui. Il ne faut pas de fiction non plus pour donner cette qualité aux associations du droit privé. Ce n'est pas seulement pour le maintien de l'ordre social raisonnable que l'association des hommes est naturelle et nécessaire, c'est pour tout ce qui est digne d'être le but de la vie. L'homme a plus que le droit, il a le devoir de s'associer avec ses semblables, d'unir ses forces et ses moyens aux leurs, de les concentrer sous une direction unique. Il crée ainsi, par la voie de l'organisation, un être collectif, parfaitement naturel dans son genre, et qui a droit à l'existence comme sujet juridique, pourvu que son but ne soit pas contraire aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie sociale.

Cette dernière condition indique la limite du droit de former des associations corporatives. Elle permet, elle réclame même un contrôle exercé par les organes de la société. Ce contrôle, peut être préventif ou répressif, c'est une question de politique sociale. Il est exercé par chaque Etat, organe local de la société universelle, dans la sphère de la vie active de son pays, et c'est parce que toutes les lois sont des mesures locales d'exécution d'un principe commun, que chaque Etat est obligé raisonnablement de reconnaître comme légitimes les mesures prises dans leur sphère par les autres Etats. Ce sont les vrais principes fondamentaux du droit international qui conduisent à cette conclusion. L'Etat peut les violer, comme il peut violer bien d'autres devoirs, mais alors il excède son droit, et c'est la force qui décide.

Ce caractère général va nous servir ici pour l'application du droit, comme il nous servira plus tard pour les corporations et sociétés commerciales.

---

§ 52. *Application du droit.*

S'il est certain que de fait les associations de droit privé prennent part à la vie active internationale, ce n'est pas là le cas normal et cela arrivera certes plus rarement que pour les sociétés professionnelles ou commerciales à forme corporative. Il faut donc d'abord examiner le cas normal, qui nous montre l'association localisée, confinée dans un pays.

L'association se montrera sous la face locale-nationale lorsqu'elle aura été fondée dans le pays du juge, appelé à se prononcer, et qu'elle y aura son siège administratif et le centre de son activité. La fondation est l'acte juridique — la convention, si l'on veut, bien que ce ne soit pas toujours une convention qui crée des obligations — qui fait naître l'association par l'accord de plusieurs personnes. Le siège administratif est le lieu où se trouve la direction. Le centre d'activité est indiqué par le but et les moyens qui servent à l'atteindre. Si ces trois éléments sont réunis dans le pays du juge, l'association sera locale-nationale, à son point de vue. La nationalité et le domicile des membres ne sont pas ici des éléments décisifs, la cotisation que les personnes versent ou s'engagent à verser perd tout rapport avec la personne, elle se confond avec celles des autres membres dans le fonds social. Le juge appliquera à l'association locale-nationale le droit de son pays, qui certes est rédigé tout spécialement pour ce cas normal. L'association aura la personnalité ou ne l'aura pas selon que les fondateurs ont fait ou n'ont pas fait le nécessaire pour l'avoir ; l'organisation sera ce que la loi locale veut qu'elle soit, en tant que les fondateurs n'ont pas fait usage de l'autonomie que la loi locale leur laisse ; même le droit de représenter sera ce que

la loi locale a voulu qu'il soit, en tant que la direction a agi dans la sphère locale de la vie active du même pays. On peut très bien dire que dans ce cas l'association a la nationalité du pays. Cette nationalité est aussi nettement prononcée que celle d'un fonds de terre qui se trouve dans le pays, ou d'un navire qui porte légitimement le pavillon de sa marine marchande. Le danger de l'expression ne commence que lorsqu'on veut soutenir que le droit national de l'association la suit partout, comme un statut personnel, même lorsqu'elle pénètre dans la vie active d'un autre pays.

A la face locale-nationale s'oppose d'abord la face locale étrangère. L'association a été fondée dans un pays étranger, où elle a son siège administratif et le centre de son activité. Si l'association reste confinée dans ce pays et n'agit que dans le cercle local de la vie active, il sera rare que le juge étranger ait à s'occuper d'elle, mais enfin cela peut arriver, si par un changement du domicile de la personne avec qui l'association a traité, le juge étranger se trouve avoir juridiction et compétence. Je considère alors comme certain que le juge appliquera à l'association étrangère, même en ce qui concerne le droit de représentation exercé dans la sphère locale-étrangère de la vie active, le droit du pays auquel cette association appartient par ses éléments décisifs, et cela, soit qu'elle ait la personnalité civile, soit qu'elle ne l'ait pas.

Ici encore, on peut dire que l'association a la nationalité du pays étranger en question. Il n'y aurait lieu d'admettre une exception au principe, qui commande l'application de la loi étrangère, que si la société, licite dans le pays auquel elle appartient, avait un but que le juge appelé à se prononcer devrait considérer comme contraire à l'ordre public universel. Cela ne doit guère se présenter. L'ordre public local ne

s'oppose pas à ce que le juge reconnaisse un droit acquis, en vertu du droit d'un Etat étranger, dans le cercle local de la vie active de cet Etat étranger.

Dans les deux cas que j'ai examinés, pour commencer par ce qui est simple avant de passer au composé, j'ai supposé que l'association est non seulement confinée dans un pays par le lieu de sa fondation, son siège et son centre d'action, mais que ses gérants ont agi dans la sphère locale de la vie active du même pays. On pourrait assimiler à ce cas celui où l'association, fondée dans un des Etats d'une confédération, fait des opérations dans un autre Etat de la même confédération. Il doit en être ainsi en Allemagne, où la loi accorde à chaque Etat allemand le droit de conférer la personnalité civile aux associations d'une certaine nature (§ 22 code civil) qui ont leur siège dans cet Etat. En théorie il est autrement en Amérique, dans les Etats-Unis, mais en fait, par bienveillance, on arrive à un résultat analogue. Mais dans tous les cas c'est là du droit allemand, du droit américain, plutôt que du droit international.

J'arrive maintenant à l'association considérée sous sa face internationale. Bien qu'elle ait son centre d'activité dans un pays, l'association peut faire, par occasion, des opérations dans un autre. Elle peut transporter son siège dans un pays autre que celui de sa fondation. Elle peut prendre pour centre de ses opérations un autre pays que celui où elle a son siège. Enfin, elle peut avoir un but international, embrassant l'univers.

On a cherché à résoudre ces difficultés en dotant l'association, qui se présente ainsi, d'une nationalité, et en lui appliquant le principe du statut personnel sur la base de la nationalité, principe qui semble triompher actuellement dans la science. L'association serait alors régie partout, quant à son état et

à sa capacité, par sa loi nationale, sauf dans les cas où l'application de cette loi serait contraire à l'ordre public d'un pays étranger. Je puis m'abstenir de discuter ici le principe, parce qu'il me semble que les tentatives de l'appliquer doivent échouer par suite de l'impossibilité de donner, par la voie du raisonnement, une nationalité à l'association qui se rattache à plusieurs pays. Il n'y a pas de raison de faire prédominer le lieu d'origine, le siège ou le centre des opérations. Si le choix se fait, il est arbitraire. D'ailleurs une nation ne peut disposer que de sa propre nationalité.

Je crois que l'on a tort, non-seulement de vouloir donner une nationalité à l'association qui se présente sous la face internationale, mais de vouloir la soumettre, en principe, à une seule loi. N'est-il pas simple et logique de dire que l'association, qui a été fondée dans un pays, et dont l'activité pénètre dans un autre, doit être soumise, non seulement à la loi qui a présidé à sa fondation, mais aussi à celle du pays où son activité pénètre, et dans la proportion de cette pénétration. Il y a des degrés de pénétration fort différents.

Ainsi, d'abord, l'association localisée par sa fondation, son siège et son centre d'activité peut faire, par occasion, une opération dans un autre pays. Une association qui se propose de fonder un musée de peinture dans un pays, ou plus localement encore dans une ville, achète un tableau à l'étranger. C'est une pénétration peu profonde. Cependant l'association tombera sous la loi du pays étranger, qui peut avoir interdit à une association ou personne morale étrangère d'acquérir. Elle peut même tomber sous cette loi en ce qui concerne le pouvoir de représentation, exercé par les gérants, mais cela sera rare, parce que le caractère d'association étrangère sera aisément reconnaissable.

La pénétration sera beaucoup plus profonde si l'association établit dans un autre pays que celui de sa fondation son siège administratif. Il faudra alors que son but soit licite, non seulement dans le pays de fondation, mais aussi dans celui du siège. Elle ne pourra pas faire, dans le pays de son siège administratif, les opérations que la loi de ce pays défend à une association ou à une personne morale. Enfin le pouvoir de représenter la société pourra être interprété, quant à son étendue et quant à sa durée, par la loi du pays du siège, de même que la responsabilité de l'association, du chef des actes illicites de ses gérants, pourra être soumise à cette loi.

Si l'association se trouve avoir en pays étranger le centre effectif de ses opérations, elle sera obligée de se conformer, quant à ces opérations, à tout ce que la loi locale impose aux associations ou personnes morales, qui font dans le pays des opérations de ce genre, et si, outre le centre des opérations, elle y a aussi son siège, elle se trouvera tellement sous la dépendance de la loi locale qu'on comprendrait que cette loi la naturalisât de force, de manière à effacer tout vestige des conséquences légales de son origine. Si la loi locale a pris cette mesure, les autres Etats, même celui où l'association a été fondée, devront la respecter. Cela me paraît une exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle. Si la mesure n'a pas été prise, il n'appartient pas autres Etats d'imposer de force une naturalisation de ce genre.

D'après ce qui précède, on conçoit que la situation juridique d'une association internationale, qui veut embrasser l'univers tout entier, puisse être assez difficile. Il faudra que son but soit licite partout où elle veut agir, c'est à cette condition seulement qu'elle pourra compter que la qualité de personne morale, qu'elle peut emprunter au droit de son pays de

fondation, sera reconnue partout, et dans ses opérations il faudra qu'elle tienne compte d'un grand nombre de lois. Il est vrai que les associations internationales existantes, en tant qu'elles n'ont pas un but politique ou religieux, qui peut leur attirer des désagréments, mais un but idéal qui s'impose au respect général, la propagation d'une langue universelle par exemple, peuvent très bien se passer de la personnalité, dès qu'elles ne font pas appel au crédit.

En posant la question ainsi, je crois avoir résolu en même temps celle de savoir si les personnes morales, fondées en pays étranger conformément à la loi du pays de formation, peuvent ester en justice. Aucune théorie de fiction ne s'y oppose, et si les personnes morales ont le droit de prendre part à la vie active internationale, en respectant les lois des Etats où leur activité pénètre, une réponse affirmative doit être faite. Il serait surtout injuste de permettre à un citoyen du pays de citer devant la justice une association étrangère, alors qu'on refuserait à cette dernière le droit d'agir comme demanderesse. Si le droit de procédure d'un pays impose cette claudication, il est naturel que le juge local obéisse, mais c'est alors la loi qui est abusive. Quant à la question de savoir si une association étrangère, qui n'a pas la personnalité civile d'après la loi du pays où elle a été fondée, peut ester en justice dans un autre pays, elle n'est pas susceptible de recevoir une réponse générale ; il faudra bien que le juge de ce dernier pays se décide en interprétant raisonnablement le droit de procédure de son pays.

2ième SECTION.

LES SOCIÉTÉS.

§ 53. *Subdivision de la matière.*

La société, comme nous l'avons vu, se distingue de l'association proprement dite par des apports, qui se combinent sans se confondre, et qui sont destinés à produire des bénéfices, divisibles dans la proportion de l'évaluation des apports. Au premier abord, il semble naturel de subdiviser la matière des sociétés en distinguant entre la société *civile* et la société *commerciale*. Cette distinction se trouve dans beaucoup de lois. Elles y attachent une grande importance. Mais en examinant la chose avec soin, au point de vue du droit international, on voit qu'elle ne peut pas servir de base à des recherches sur le droit applicable. C'est bien le commerce qui a donné lieu au développement moderne du droit des sociétés, mais les résultats de ce développement passent de plus en plus dans la vie civile. Toutes les législations n'admettent pas la distinction, et celles qui la font diffèrent considérablement en ce qui concerne la délimitation exacte des actes de commerce ou des professions commerciales. Le caractère commercial d'une société ne peut pas déterminer logiquement la loi applicable ; au contraire, c'est la loi applicable qui détermine le caractère commercial. Les lois qui en ont disposé autrement,

comme l'art. 58 du code de commerce italien par exemple, obligent certes les interprètes à chercher d'abord le caractère commercial, mais les difficultés qu'ils rencontrent prouvent combien la méthode que la loi leur impose est illogique (1). J'admets bien aussi que le texte des lois sur la juridiction spéciale, en matière commerciale, peut obliger le juge à décider d'après sa propre loi (la lex fori) si une société, qui en elle-même est soumise à un droit étranger, a un caractère commercial, mais c'est là encore une solution, qui par sa bizarrerie prouve contre le système qui l'entraîne (2). En somme la distinction n'est pas universelle, elle ne tranche pas la matière nettement en deux, et elle n'est pas décisive pour le droit international.

Au point de vue du droit international privé, je ne peux pas non plus attacher une valeur décisive à la distinction à faire entre les sociétés qui sont des assemblages de personnes et celles qui forment une individualité juridique, distincte de la personne des associés. La distinction est juste, mais la doctrine est pleine de controverses et les législations ne sont pas d'accord. C'est surtout la société en nom collectif qui forme le champ-clos des débats. Les uns y voient simplement un groupe de personnes avec une dénomination collective, d'autres en font une communauté d'une nature particulière, d'autres encore un être distinct de la personne des associés. Ce n'est qu'après avoir reconnu quelle loi est applicable à une société, que l'on peut préciser son caractère.

Si une distinction est tellement difficile à formuler, il peut sembler qu'il vaut mieux s'en passer, considérer d'abord les

---

(1) Diena, op. cit., I, n°. 41.
(2) Rolin, op. cit., III, n°. 1282.

sociétés en général, et ensuite les diverses variétés. Cela peut se faire ; quelques législations en ont agi ainsi ou du moins ont cru le faire, mais si l'on voulait coordonner les dispositions légales communes à toutes les sociétés indistinctement, on trouverait fort peu de chose. Sans doute il y a dans toutes les sociétés un acte juridique initial, des apports, un espoir de bénéfices divisibles, mais les particularités que les diverses variétés de sociétés présentent sous ces rapports font qu'il faut distinguer dès les premiers pas. Dans le droit français par exemple, la société du code civil et la société anonyme du code de commerce, malgré leurs caractères communs, ne peuvent pas être traitées ensemble, et dans le droit allemand on peut dire que les règles du code civil ne sont pas mêmes applicables à la société par actions du code de commerce.

Force est de choisir une distinction qui ne s'écarte pas trop du système juste en théorie, et qui donne la faculté d'employer les éléments de classification, que les lois, qui doivent nous fournir le matériel de comparaison, présentent réellement. La voie suivie par le code fédéral suisse me semble la meilleure, elle serre de très près ce qui est juste et elle est pratique autant qu'on peut le désirer. Seulement je voudrais essayer modestement de ne pas faire comme ce code qui ne définit la société simple que par exclusion, en disant que toute société qui n'a pas une autre dénomination légale est une société simple. Je crois pouvoir arriver à déterminer ce qui forme le caractère distinctif des sociétés simples et des sociétés à forme particulière.

Toute société forme un groupe d'individus ou de sujets juridiques, mais ce groupe a un tout autre aspect quand on le voit du dedans que quand on le voit du dehors. Dans

le premier cas, c'est le lien qui domine, dans le second, c'est le produit du lien, l'assemblage. Dans le premier cas, on songe à l'intimité, à la confiance que les parties ont les unes dans les autres, dans le second, on a en vue la surface de crédit, la confiance que les parties, par leur union, inspirent au public. On ne peut pas faire une distinction tout à fait nette entre les sociétés intimes et les sociétés publiques, parce qu'il y en a qui sont à la fois intimes et publiques, mais on peut dire que certaines sociétés sont dominées par le lien intime, ce qui fait qu'elles peuvent se passer de forme extérieure et n'avoir aucun rapport avec le public, alors que d'autres sont dominées par la surface de crédit, ce qui les oblige à avoir une forme extérieure, de manière à rendre visible cette surface. J'appelle les premières des sociétés simples, les autres des sociétés à forme particulière. Comme c'est le commerce qui a créé ces formes, on pourrait parler de sociétés à forme commerciale, mais cette expression ne serait pas juste dans tous les systèmes législatifs. Il y a bien une tendance générale à permettre à toutes les sociétés de prendre la forme commerciale, mais ce n'est encore qu'une tendance.

Les sociétés à forme particulière se subdivisent encore d'après l'étendue de leur surface de crédit. Les diverses formes que les lois reconnaissent reposent sur l'idée commune que l'étendue de la responsabilité des associés, à l'égard du public, est proportionnelle à la surface de crédit que la société présente. C'est là une exigence de l'ordre raisonnable de la vie en société, que les lois ne font que reconnaître et qui touche aux bases philosophiques du droit des obligations. Plus on veut inspirer de confiance, plus on a de devoirs sociaux. La surface la plus large que les associés peuvent présenter, est celle de la société en nom collectif, qui inspire au public la confiance la

plus étendue ; elle donne aussi la responsabilité la plus grande. A l'autre extrême vient se placer la société à responsabilité limitée; si elle n'offre qu'un capital comme surface de crédit, le public n'aura que ce capital pour gage. Entre les deux formes extrêmes viennent se placer des formes intermédiaires, la société en commandite, la société coopérative, par exemple. La société mutuelle d'assurances est en réalité une sous-variété de cette derniere, mais il vaut mieux la traiter dans la matière des assurances.

---

§ 54. *La société simple.*

A. **Points saillants de comparaison.**

a. *observations générales.*

La société dominée par le lien intime n'est pas nécessairement une société civile. Dans les codes de commerce, on trouve des sociétés simples à but commercial, la „*societas unius negotiationis*" par exemple, appelée aussi quelquefois société momentanée ou société en participation. Des syndicats d'émission, dans lesquels de puissants intérêts sont engagés, ont souvent un caractère intime, confidentiel même. Dans la société simple, les associés peuvent avoir des rapports avec les tiers, mais cela n'est pas essentiel ; ces rapports ne dérivent pas d'une surface publique de crédit, mais d'un mandat représentatif annexé à la société.

Par suite du grand nombre des différences de détail, il faut faire un choix parmi les points de comparaison. Je m'explique

parfaitement les différences des lois par le défaut de précision de la notion de la société simple ou de la société civile. Je ne songe pas non plus à écraser le lecteur par une comparaison embrassant un grand nombre de lois, deux lois nettement distinctes suffisent parfaitement pour donner à la question de la loi applicable un caractère pratique.

Je ne mentionne qu'en passant les dispositions relatives à la preuve, telles que l'art. 1834 du code civil français, ou relatives à la forme, telles que l'art. 1667 du code civil espagnol, et je ne m'arrête pas non plus au but plus ou moins licite que la société peut avoir. En principe, il faut, d'après toutes les lois, que la société ait un but licite, mais les idées peuvent varier sur le caractère de certaines entreprises. Il n'y a guère de textes à comparer.

De même je laisse de côté la question des sociétés dites universelles. Il y a des lois qui les admettent largement (code civil portugais, art. 1243) ; d'autres qui les limitent aux biens présents (code civil français, art. 1837) ; d'autres encore qui ne permettent que la société universelle de gains (code civil néerlandais, art. 1658). Le code civil italien (art. 1704 j°. 1433) ne repousse pas en général la société universelle de biens présents, mais il défend de la stipuler par contrat de mariage. Notre code néerlandais ne l'admet précisément qu'entre époux. La matière est plutôt économique que juridique. Les idées marchent ici dans tous les sens. On ne peut pas dire que l'ordre raisonnable de la vie universelle soit troublé par un communisme contractuel localisé.

Enfin vient une question, très capable de passionner la doctrine, mais trop doctrinale et trop controversée, le plus souvent, pour qu'une comparaison conduise à des résultats pratiques, c'est la question de la nature juridique de la

communauté produite par la société. Il y a des auteurs qui soutiennent, en France, que la société civile forme un être juridique distinct des personnes des associés ; en Belgique, on argumente de l'art. 2 de la loi de 1873 pour soutenir qu'elle ne l'est pas (1). L'histoire de l'évolution du droit civil allemand peut remplacer avantageusement un traité sur la matière. Le premier projet du code civil (2) n'avait donné au contrat de société, quant aux biens, que des effets pouvant se déduire d'un droit d'obligation. Les associés s'obligeaient, les uns envers les autres, à ne pas disposer des biens communs jusqu'au partage et à ne pas demander le partage pendant la durée de la société, mais les biens étaient communs et chaque associé était propriétaire pour sa part. La commission de seconde lecture (3) a préconisé par contre le système germanique de la main commune, qui donne au contrat un effet réel et fait de l'ensemble des biens la propriété commune des associés sans parts indivises, de manière à exclure tout acte de disposition individuel, toute compensation entre les créances sociales et les obligations personnelles, et toute exécution qui ne reposerait pas sur un titre exécutoire à l'égard de l'ensemble des associés. C'est ce système, auquel se rattachait déjà le § 44 (aujourd'hui 51) de la loi des faillites, qui a triomphé dans le code (§ 718 et suiv.). Pour la science, l'évolution est d'un intérêt majeur, mais, comme il a été dit, la question est trop doctrinale, elle nous écarterait de la vie pratique au lieu de nous forcer à nous y tenir.

Mieux vaut, sans nier le caractère plus ou moins saillant

---

(1) Laurent, *Principes*, XXVI, n°. 181.
(2) *Motifs*, II, 615.
(3) § 658, Reatz, *Die zweite Lesung u. s. w.* I, 329.

de certains points, nous en tenir à des questions plus ordinaires. Il y en a bien assez pour établir qu'il n'est pas sans intérêt de rechercher le droit applicable à la société simple.

b. *garanties des apports ; risques.*

Le code civil français a réglé d'une façon fort étendue la garantie que chacun des associés doit et les risques auxquels l'apport est soumis (artt. 1845, 1851, 1867). C'est une grosse affaire, dans le droit français, que de mettre d'accord les artt. 1851 et 1867 du code civil, articles que notre législateur, entre autres, a traduits tout simplement. La loi suisse (art. 528) renvoie, par analogie, aux règles du louage, lorsque l'apport est en jouissance, et à celles de la vente, lorsque l'apport est en propriété. Quant au législateur allemand, il n'a pas cru devoir régler spécialement la question des risques, il n'a pas jugé nécessaire non plus de reproduire la disposition du code civil français sur les intérêts dus de plein droit, disposition que l'on retrouve dans les codes des Pays-Bas, de l'Italie, de l'Espagne et du Portugal.

c. *gestion.*

La gestion peut être réglée par les associés, d'après le droit commun, comme ils l'entendent. Les législateurs cependant, à ce qu'il semble, ont cru devoir avertir les associés de la nécessité de s'entendre d'avance, en leur traçant un tableau assez effrayant de ce qui arrivera s'ils s'en remettent à la loi. Les législateurs s'y sont pris de différentes manières, mais le résultat est à peu près le même. Le code civil français, dans son art. 1859, donne à chaque associé un pouvoir d'administrer, qui peut conduire à des complications ; il a été

suivi encore par le code néerlandais, le code italien et le code espagnol. Le code civil portugais, dans son art. 1270, a aussi des règles analogues, mais il admet, en cas de divergence, une décision de la majorité, calculée d'après la proportion des apports. Le code suisse s'y est pris autrement. Si le contrat est muet, les décisions ne peuvent être prises que du consentement de tous les associés (art. 532) et si, aux termes du contrat, la majorité prononce, cette majorité ne compte par têtes. Tous les associés ont le droit d'administrer, à moins que le contrat ou une décision de la société ne l'ait conféré exclusivement à un ou plusieurs d'entre eux ou bien à des tiers (art. 534). La loi règle encore le droit de veto, et elle exige pour certaines opérations, à moins qu'il n'y ait péril en la demeure, le consentement de tous les associés. En Allemagne, le consentement unanime est la règle (§ 709, c. c.) ; si la majorité est appelée à se prononcer, elle se calcule en cas de doute par têtes. La loi suisse et la loi allemande ont expressément donné aux associés, écartés de la gestion, un droit de contrôle ; la première ne permet pas d'exclure ce droit (art. 541), la seconde donne le droit d'enquête, sans tenir compte du contrat, lorsqu'il y a des raisons d'admettre que l'administration a été déloyale (§ 716). Il est généralement admis, non sans nuances dans les formules, qu'un pouvoir d'administrer peut être révoqué lorsqu'il y a une cause légitime ; la loi allemande s'occupe aussi du pouvoir de représenter les associés à l'égard des tiers et de la révocation de ce pouvoir (§§ 714, 715) ainsi que du droit de l'associé-gérant de renoncer à la gestion (§ 712, 2[e] alin., j°. 671). Si j'ajoute encore que la loi suisse et la loi allemande ont eu soin de dire que l'associé n'est responsable que dans la mesure de la diligence qu'il apporte à ses propres affaires, je crois que

j'aurai prouvé qu'il peut être très important de savoir si la gestion d'une société est soumise à telle ou telle loi.

d. *répartition des bénéfices et des pertes.*

La répartition des bénéfices est une chose que les associés oublient rarement de régler, bien qu'ils ne songent pas toujours aux pertes possibles ou s'abstiennent parfois d'en faire mention par superstition. Les lois, à l'exemple du droit romain, ont prévu le cas du silence total ou partiel. Le code français, qui représente ici encore un groupe, a cru devoir suivre la proportion des apports, ce qui l'a entraîné à évaluer, d'une façon un peu incomplète, l'apport d'industrie ; le code suisse et le code allemand suivent le système du partage par têtes. Cette opposition suffit pour donner un caractère pratique à la question du droit applicable. Je ne rappelle qu'en passant les dispositions sur le partage léonin, et les controverses qu'elles soulèvent. Le pouvoir de s'en remettre pour le règlement des parts de bénéfice ou de perte à l'un des associés ou à un tiers, pouvoir que l'art. 1854 du code civil français donne et règle, est refusé par le code néerlandais (art. 1671).

e. *dissolution et liquidation.*

Les législations, qui ont donné au contrat de société une place dans leurs codes civils, règlent généralement les causes de dissolution de la société, dans un esprit qui montre combien elles attachent d'importance à la confiance personnelle. Il y a des nuances dans la réglementation. La loi suisse, au lieu de renvoyer, pour le partage, à la matière des successions, comme l'ont fait le code civil français et les lois qui l'ont suivi, a donné quelques dispositions sur la liquidation et

ses suites (artt. 548—550). Le législateur allemand (§ 730 et suiv. du c. c.) a encore amplifié ces dispositions. On peut voir dans cette amplification un effet de la marche progressive du droit, qui tend à effacer les différences qui existent encore entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.

f. *les engagements des associés à l'égard des tiers.*

Cette marche se montre aussi dans les dispositions des lois sur ces engagements, qui se rattachent à la matière du mandat et de la représentation. Une société intime peut rester secrète, mais on conçoit un engagement contracté ouvertement par tous les associés, ou bien la concession d'un pouvoir de représenter, même un agissement d'un seul au nom de la société, sans pouvoir donné d'avance. Les législations diffèrent notablement, tant pour ce qui est des circonstances qui établissent ou font présumer un pouvoir de représentation, qu'en ce qui concerne les effets d'une action commune ou d'une représentation. Le code civil français exclut la solidarité dans les sociétés autres que celles de commerce (art. 1862), expression que le code civil italien reproduit, mais que le législateur néerlandais a évitée ; la loi suisse (art. 544) admet en principe qu'il y a solidarité, sauf convention contraire avec le tiers, lorsqu'il y a action commune ou représentative et qu'un engagement des associés en résulte (1). Le premier projet allemand (§ 642) avait rejeté la solidarité et admis en principe la division par têtes (2) ; mais cette disposition a été supprimée par suite de l'adoption du système de la main commune qui crée une communauté spéciale du passif social (3).

(1) Schneider-Fick, ad art. 544 note 3.

(2) *Motifs*, II, 611—613.

(3) Cosack, B. G. I, § 119. 2, II, § 276, 3, 4 a, b.

B. **Application du droit.**

L'examen du droit comparé, me semble-t-il, met en évidence deux choses. D'abord le fait que la première question qui s'impose n'est pas celle de savoir quelle loi régit la société, mais quand le juge considérera une société comme appartenant à la vie active locale de son propre pays. Toutes les lois, sans avoir besoin de l'exprimer, sont faites pour un certain cercle social. La seconde chose est la nécessité de distinguer soigneusement, dans cette matière encore, entre les obligations que le contrat fait naître entre les associés, et ce que certaines lois appellent les engagements des associés à l'égard des tiers. Ces derniers engagements se rattachent à la doctrine de la représentation, qui ne se confond pas plus avec la société qu'avec le mandat, le contrat de service ou l'entreprise d'ouvrage.

Les rapports entre associés peuvent se présenter sous la face locale-nationale, sous la face locale-étrangère et sous la face internationale.

La société se présentera sous la première face lorsqu'elle aura été conclue entre personnes domiciliées dans le pays du juge et que le centre des opérations sociales se trouvera dans le même pays. Elle appartient alors à la vie active locale par tous les éléments, décisifs pour son but social. Le lieu, où elle a été formée, n'est pas ici un élément décisif, par suite du caractère intime de la relation juridique. Il en est autrement de l'association, où par contre. le domicile des personnes n'est pas décisif. Le juge appliquera à la société locale-nationale le droit de son pays. Il le fera d'une manière absolue en tant que la loi ordonne sans se demander ce que les parties ont voulu ou déclaré vouloir, et, en tant que la loi locale laisse aux

parties leur autonomie, il interprétera leur convention par tous les faits qui raisonnablement peuvent servir à l'interpréter. La loi nationale commune des parties aura ainsi — indépendamment de tout texte — l'importance qui lui appartient légitimement.

Si les parties sont domiciliées dans un pays étranger où se trouve le centre des opérations sociales, le juge appliquera le droit de ce pays étranger, tout en tenant compte encore de l'accord exprès ou tacite des parties, pour tout ce que la loi locale-étrangère abandonne à l'autonomie. C'est d'après la loi étrangère que le juge décidera si le but de la société est licite, à moins qu'il n'ait lieu d'admettre que ce but est contraire à l'ordre raisonnable de la société universelle.

La société se présentera sous la face internationale si elle a été conclue entre personnes domiciliées dans des pays différents ou si le centre des opérations ne se trouve pas dans le pays où les personnes sont domiciliées. En général on ne peut pas dire, sans recourir à un système, que le contrat soit toujours régi par une loi déterminée. C'est seulement dans le cas où les opérations sociales consistent dans l'exercice d'une profession qui a son centre dans un pays déterminé, que l'on peut dire que l'association pénètre dans la vie locale de ce pays par un élément prépondérant, qui entraîne l'application de la loi de ce pays (1). Si cette localisation professionnelle n'est pas possible, ce qui peut très bien être le cas pour une société d'un caractère intime, il ne reste qu'à dire que le contrat est obligatoire en vertu du droit commun international et que l'étendue des obligations des parties sera déterminée par une interprétation raisonnable des faits.

(1) Conf. Brocher, op. cit., II, 228. Rolin, op. cit., III, 288.

Indirectement l'interprétation peut conduire à une loi, que toutes les parties ont eu raisonnablement en vue. Une difficulté se produit lorsque la société se présente sous la face internationale, que les opérations ne consistent pas dans l'exercice d'une profession qui a son centre dans un pays déterminé, et que la question d'un but illicite de la société ou de clauses illicites dans le contrat est soulevée. Il est bien certain que la réponse ne peut pas dépendre de l'autonomie. Généralement on se tire d'affaire en disant que la convention doit être licite conformément à la loi du lieu où elle est conclue, ou des lieux s'il y a formation par correspondance, ou encore que le juge appréciera le caractère licite du but d'une société ou des clauses du contrat d'après sa propre loi, par suite du caractère d'ordre public des dispositions prohibitives. Le premier système est trop mécanique et l'importance que le second attache à l'ordre public est exagérée ; toutes les dispositions prohibitives ne touchent pas à l'ordre public universel, et il n'y a pas lieu d'imposer partout et à tout le monde les prohibitions qui ne se rapportent qu'à la vie active locale. Mieux vaut dire que le but et les clauses du contrat de société, qui se présente sous la face internationale et qui n'a pas de centre professionnel déterminé, doivent être licites d'après les lois de tous les pays où la société, d'après une saine interprétation du contrat, entend faire des opérations. Si cela n'est pas le cas, l'ordre raisonnable de la société universelle n'exige aucunement le respect international du contrat, il s'y oppose plutôt. On applique ainsi à la vie active internationale la règle qui correspond aux exigences juridiques de cette vie active, ce qui est à la fois logique et conforme à une méthode rationnelle.

Mais quel que soit le droit qui régisse les apports entre

les associés, la représentation n'est pas nécessairement soumise à cette loi. En principe, l'étendue et la survie du pouvoir de représenter doivent être appréciées d'après la loi qui régit le cercle local de la vie active auquel se rattache le contrat, conclu avec un tiers par le représentant ou les représentants de la société, mais la loi qui régit les rapports entre les associés fera sentir son influence, si le tiers, en homme prudent et raisonnable, a dû comprendre qu'il s'agissait d'une société étrangère. C'est la doctrine internationale de la représentation sur laquelle je n'insiste plus.

§ 55. *La société en nom collectif.*

A. **Considérations générales.**

La société en nom collectif, bien qu'il soit probable que son origine remonte à la communauté de famille (1), doit son développement au commerce, et plus particulièrement au crédit que le commerçant prétend offrir. Deux ou plusieurs personnes peuvent mettre en commun leurs ressources et leur industrie pour exercer le commerce, et obtenir ainsi l'avantage d'un capital plus considérable ou d'une activité plus intense, mais pour que le public préfère s'adresser à des commerçants associés, il faut que ceux-ci fassent connaître le lien qui existe entre eux. A cet appel au public correspond pour les associés une responsabilité suffisamment large pour garantir pleinement ceux qui ont fait crédit à la société, à tout le

(1) Goldschmidt, *Univ. Gesch.* I, p. 272 note 132.

moins une responsabilité illimitée et générale, le plus souvent même solidaire.

Cette responsabilité est de droit commun international, mais, sur presque tous les autres points, il y a, dans les lois, des divergences. Les plus importantes sont sans aucun doute celles qui sont relatives aux rapports de la société avec les tiers, mais il y en a aussi quant aux relations intérieures. Entre les associés, il y a un lien de la même nature que la société simple, mais d'une part il y a bien des différences dans la manière dont les lois ont réglé cette société, et d'autre part plusieurs lois ont développé tout particulièrement les rapports entre associés dans la société en nom collectif.

Toutes ces différences n'ont pas le même degré d'importance pour le droit international privé. Celles qui dérivent de la théorie ou qui font l'objet de controverses se prêtent mal à une étude comparative. Aussi, avant de réunir des éléments saillants de comparaison, je crois devoir mettre de côté un certain nombre de matières.

Je range parmi ces matières tout ce qui rapporte à la capacité des parties, à la preuve et à la forme du contrat. Il y a des divergences fort grandes quant à ce dernier point. Ainsi, la loi allemande n'exige aucune forme, alors que le droit belge (Loi de 1873, revisée par celle du 22 Mai 1886, art. 4) veut un écrit à peine de nullité (1). L'exigence d'un écrit se rattache aussi à la preuve, question vivement controversée, notamment dans notre droit néerlandais, où l'art. 22 du code de commerce s'exprime tout autrement que l'art. 39 du code français. La publicité, dont je m'occuperai plus tard, peut être détachée de la forme du contrat.

(1) Conf. sur le dernier alinéa de l'art. Namur, op. cit., II, 809.

Dans la doctrine, le caractère juridique de la société en nom collectif forme une question des plus importantes et dont la solution a des conséquences pratiques considérables. Les législations, en tant qu'elles se sont prononcées sur la question, sont fort divergentes, et les législations qui gardent le silence donnent lieu à des controverses. Pour l'honneur de la doctrine, je fais mention de la question, mais l'application d'une loi déterminée n'en dépend pas à mon avis, même lorsque la conclusion est que la société en nom collectif est une personne morale, un être juridique distinct de la personne des associés. En Belgique, depuis la loi de 1873, en Italie, en vertu de l'art. 77 du code de commerce, la personnalité juridique de la société en nom collectif est incontestable. Dans le droit français, la loi ne se prononce pas sur la personnalité des sociétés civiles ou commerciales; la tendance générale, disent LYON-CAEN et RENAULT, est de la refuser à la société civile et de la donner à la société en nom collectif (1). Dans notre droit néerlandais, la question est controversée (2), la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas favorable à la personnalité distincte, mais elle tend à admettre un patrimoine distinct. La loi anglaise de 1890 (3) (section 4) distingue selon que la société est établie en Ecosse, auquel cas elle forme une personnalité juridique, ou dans une autre partie du royaume, auquel cas elle ne forme que l'appellation commune d'un groupe de personnes. En Suisse, la loi fédérale, dans les artt. 599 et suivants, a précisé un grand nombre de points, mais elle a abandonné à la science

(1) Op. cit., II n°. 126 sqq. Appendice n°. 52.

(2) LEVY, *Het rechtskarakter der firma*, passim.

(3) 53 v. 54. Vict. cap. 39. Conf. SPÄING. Zeitschrift f. d. G. H. XLIII, p. 231.

le soin de déterminer le caractère de la société. Dans le droit allemand, le code de commerce (§ 124 et suiv.) précise aussi les droits que la société peut exercer comme telle. Suivant l'opinion dominante, ce n'est pas par la personnalité qu'il faut expliquer ces dispositions, mais par la conception de la main commune, conception qui, dans le texte définitif du code civil allemand, forme la base de la société du code civil. Quoiqu'il en soit, je pense que la question du caractère juridique de la société en nom collectif ne peut être traitée avec fruit, dans le droit international, qu'après qu'on a reconnu qu'une législation est applicable.

J'ajoute enfin que pour moi la qualité commerciale de la société en nom collectif n'est décisive pour l'application du droit international, que lorsque le juge se trouve en présence d'un texte qui lui ordonne d'en tenir compte. Il y a une certaine tendance à faire disparaître le caractère commercial de la société en nom collectif, mais elle est encore bien faible. La commercialité des opérations semble exigée par le droit français (art. 20 c. d. c.), italien (art. 76 c. d. c. in initio), néerlandais (art. 16 c. d. c.), belge (L. de 1873 art. 15), etc. En Allemagne (§ 4 c. d. c.) il faut en principe, non seulement que la profession soit commerciale, mais qu'elle s'élève au dessus du petit commerce ; cependant le § 5 du code dit que lorsque la raison sociale est inscrite dans le registre du commerce, on ne peut invoquer à l'égard des tiers la circonstance que la profession n'est pas commerciale ou qu'elle ne dépasse pas la portée du petit commerce (1). La loi fédérale suisse, dans son art. 552, oblige les sociétés, qui ont un but commercial ou que la loi assimile à ces

(1) Cosack, H. R. § 106, IV.

sociétés, à l'inscription sur le registre du commerce ; elle permet aux sociétés qui ont un autre but de devenir sociétés en nom collectif en se faisant inscrire. La loi anglaise (sect. 1, j[a] 45) définit assez largement le but de la „partnership''.

B. Points saillants du droit comparé.

a. *rapports entre les parties.*

L'opposition la plus nette se trouve entre le droit français et le droit allemand. Cependant ce n'est pas une opposition de principes ; elle tient à la date des législations. Le législateur français s'est attaché à l'idée qu'entre les parties la société en nom collectif est une société ordinaire, et que si les parties n'ont pas fait usage de leur autonomie qui est presque infinie, il faut appliquer les dispositions du code civil sur la société. Le code de commerce allemand primitif, rédigé à une époque où il n'y avait pas de législation civile commune en Allemagne, a dû naturellement être plus explicite ; une foule de questions pratiques ont été décidées par la loi ; le code nouveau, dans les §§ 110—122, a jugé utile de conserver un certain nombre de dispositions, qui, d'après le § 109, ne sont destinées à régir les relations entre les parties que pour le cas où le contrat de société n'en aurait pas décidé autrement. Une grande partie de ces dispositions se rapportent à la gestion intérieure. Notre code de commerce néerlandais ne contient pas beaucoup plus que le code français ; la loi suisse renvoie expressément aux articles sur les sociétés simples, sauf les dispositions contenues dans les artt. 556—558 ; le code de commerce italien ne contient, dans les artt. 105 et suivants, que quelques dispositions sur les rapports

intérieurs. Le droit anglais par contre se rapproche, quant à l'étendue de ses dispositions, du droit allemand ; le „partnership act" de 1890 contient, dans les sections 19 et suivantes, une codification des rapports intérieurs, qui porte sur tous les points importants. Je ne crois pas qu'il y ait intérêt à entrer dans les détails, les différences sont relativement peu saillantes, et il faudrait reprendre les points examinés en traitant de la société simple.

b. *rapports de la société et des associés avec les tiers.*

C'est certainement la question de la représentation qui est ici la question dominante. mais il y en a encore d'autres qui présentent des points de comparaison assez importants pour être mentionnés.

Pour que la société ait des rapports avec les tiers, il faut qu'elle se présente au public, soit par une publication formelle faisant mention de la raison sociale ou signature commune des associés, soit par un ensemble de circonstances qui rendent visible le fait que plusieurs personnes exercent un commerce ou une profession en commun, ou bien sous un nom collectif, ou bien sous une expression que la loi assimile à un nom collectif. Le nom collectif appartient à une matière plus large que la société, celle du nom commercial, matière qui dans certains pays a donné lieu à une réglementation légale, et qui dans d'autres pays soulève de vives controverses. Abstraction faite de la concurrence déloyale par usurpation de nom, quelques lois, particulièrement dans les pays qui ont un registre du commerce, ont limité la liberté des parties dans le choix de leur nom commercial. L'art 21 du code de commerce français, reproduit littéralement

par la loi belge de 1873, dit que les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale (1). La sanction n'est pas déterminée par la loi, mais elle peut être grave pour le tiers ou l'ancien associé dont le nom se trouve dans la raison sociale. La loi suisse, qui exige aussi la vérité du nom, est bien plus explicite ; dans ses articles 870 et 872, elle indique non seulement ce qui ne doit pas être dit, mais encore ce qui doit être indiqué, et l'art. 875 charge le fonctionnaire préposé au registre de veiller à ce que les intéressés se conforment à la loi. La loi allemande est dans le même esprit, mais elle permet formellement (§ 22 c. d. c.) au successeur de conserver, sous certaines conditions, la raison sociale existante, sans y rien ajouter, ce que la loi suisse (art. 874) ne permet pas. Notre législateur n'a pas posé de limite ; le code de commerce prévoit même le cas où la raison sociale d'une société dissoute serait conservée par une seule personne (art. 30). Au reste l'usage de conserver pendant des siècles les raisons sociales existantes, même lorsqu'il n'y a plus au monde une personne qui porte le nom primitif, est tellement invétéré dans notre pays, qu'il serait difficile de faire admettre le système suisse. Je n'insiste cependant pas sur ce point, il est clair qu'il y a ici une mesure de police professionnelle.

Les différents systèmes de publicité officielle pourraient être comparés avec fruit dans une monographie spéciale, mais, pour le droit international, le côté technique de la publicité n'a pas grande importance. Il en est autrement de la nécessité d'une publicité et de sa sanction. Sous ce rapport, il y a dans les lois des différences profondes, bien qu'elles

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., II 152 sqq. Namur, op. cit., II, n°. 865 sqq. Code de comm. italien, art. 105.

ne soient pas aussi considérables qu'elles n'en ont l'air. En apparence, le droit français et le droit anglais forment une opposition complète. Les articles 55 et 56 de la loi française du 24 Juillet 1867 prescrivent une publicité, à peine de nullité à l'égard des intéressés, et les auteurs expliquent cette nullité par la nécessité de porter à la connaissance du public l'existence d'une personne morale. Le droit anglais de 1890 n'a pas de publicité légale pour la constitution de la société en nom collectif; il ne prévoit une publicité que pour la modification de la constitution de la société ou pour sa dissolution, et encore seulement par voie d'annonces (sect. 36). Mais si l'on veut bien songer que la loi française ajoute que le défaut de publicité ne pourra pas être opposé aux tiers par les associés, on se convaincra que la différence, quoique sensible, n'est pas formidable. En somme, le tiers qui n'a pas reçu un avis de la naissance de l'être collectif en question, n'est pas moins fondé à le considérer comme existant, par cela seul que l'être a donné des signes visibles d'existence. Dans notre pays, la loi prescrit aussi la publicité, mais la sanction (art. 29 c. d. c.) consiste précisément dans le droit des tiers de considérer la société comme absolument illimitée. Le droit allemand a donné pour sanction à la publicité une pénalité (§ 14 c. d. c.), indépendamment de la présomption, au profit de tiers, qui résulte du silence gardé sur un fait que le tiers avait intérêt à connaître. La loi allemande a prévu le cas de plusieurs établissements et même celui d'un établissement principal en pays étranger, alors qu'il y a en Allemagne un établissement secondaire (§ 13). Le code suisse impose une responsabilité civile (art. 860) et fulmine une pénalité (art. 864).

Quant au pouvoir de représenter, il y a quelques règles

tellement naturelles qu'on ne peut pas trouver dans les lois des différences saillantes. C'est d'abord la règle qu'entre les parties le droit de gérer et de représenter peut être limité, tant quant aux personnes, que quant aux affaires. Puis, c'est la règle négative qu'une limite n'est pas valable à l'egard des tiers, si elle n'a pas été publiée légalement ou si elle n'est pas connue des tiers. Mais il y a de très notables différences quant au droit que les associés peuvent avoir de limiter, à l'égard des tiers, le pouvoir de représenter. Le droit allemand et le droit français forment ici l'opposition la plus nette. Le code de commerce allemand, tant celui de 1861 que celui de 1898, forme le type des législations qui ont donné au droit de représenter une base légale inébranlable. Le § 115 de l'ancien code permettait d'exclure un ou plusieurs associés de la représentation, mais le § suivant ajoutait que l'étendue du pouvoir de représenter ne pouvait pas être limitée à l'égard des tiers. Le nouveau code a maintenu le principe en le précisant. Le pouvoir d'exclure un ou plusieurs associés de la représentation a été conservé (§ 125) et la loi ajoute que l'on peut également stipuler valablement qu'il ne pourra y avoir qu'une représentation collective, soit par plusieurs associés, soit par un associé et un fondé de pouvoir. Mais l'étendue du pouvoir de représenter est déterminée par le § 126, et la loi ne tolère, à l'égard des tiers, aucune limite, sauf dans le cas d'une pluralité d'établissements, lorsque ces établissements ont une raison sociale différente ou que la qualité d'établissement secondaire est nettement indiquée (§ 126 j° § 50). La loi suisse est dans le même esprit que la loi allemande, ainsi que le code hongrois (§§ 90—92). En France et dans notre pays, où la loi n'est pas explicite, il faut bien admettre qu'une limite, publiée légalement, est opposable aux

tiers (1). Le droit anglais, qui n'a pas de publication légale, s'attache à la bonne foi du tiers qui a traité dans le cercle habituel des affaires (sections 5—8 de la loi de 1890).

Les associés sont responsables d'une manière illimitée des dettes contractées par la société. D'après la majorité des codes, leur responsabilité est solidaire. Dans le droit anglais, sect. 9 de la loi, il y a une différence entre l'Ecosse où la responsabilité est conjointe et solidaire et les deux autres parties du Royaume-Uni où elle est seulement conjointe, ce qui exige une poursuite commune (2). De plus, et même dans les législations qui reposent sur des principes communs, il y a une multitude de nuances dans la manière dont la responsabilité des associés a été développée. Je me borne à indiquer les principales. Ainsi, il y a des lois, telles que la loi française et la loi néerlandaise, qui n'ont pas réglé de quelle manière des poursuites peuvent être exercées contre les associés ; d'autres lois se sont occupées de la matière, soit pour dire qu'une condamnation de la société doit précéder (loi belge, art. 122, code italien, art. 106), soit pour exiger au moins la dissolution de la société ou des poursuites infructueuses contre cette société (code suisse, art. 564 al. 3). La loi allemande permet des poursuites directes (§§ 128, 129) mais un titre exécutoire, obtenu contre la société, ne peut pas être exécuté contre les associés personnellement. Le code néerlandais, entre autres, est muet sur la question de savoir si celui qui entre dans une société existante est tenu des dettes anciennes, et la question est controversée ; la loi allemande l'a résolue en sens affirmatif (§ 130), la loi anglaise

(1) Lyon-Caen et Renault, II, 287, 287*bis*.

(2) Späing, dans la Zeitschrift f. d. G. H. XLIII p. 236. Addison, op. cit., p. 38.

en sens négatif (sect. 17). Certaines lois ont réglé les droits des créanciers personnels d'un associé (loi anglaise, sect. 23, code allemand, § 135, etc.). Dans notre code néerlandais il n'y a pas de délai spécial de prescription en matière de société, et il en est de même du droit anglais, qui cependant a un délai général beaucoup plus court que celui de notre loi ; la majorité des autres législations a établi un délai particulier, les droits français, belge, italien et allemand entre autres. Je ne parle qu'en passant de la prescription, comme je l'ai déjà dit, et je laisse tout à fait de côté la faillite de la société en nom collectif et ses effets.

c. *dissolution et liquidation.*

Les causes de dissolution de la société en nom collectif donnent lieu dans les lois à des divergences beaucoup plus grandes qu'on ne le croirait dans une matière presque classique. L'opposition la plus nette me semble être ici entre le code français et le code italien. Le code de commerce français, qui ne règle pas spécialement les modes de dissolution de la société en nom collectif, renvoie par suite au code civil, ce qui pour la société en nom collectif, avec son caractère de confiance personnelle, est à coup sûr moins bizarre que pour la société anonyme. Dans le droit français, les causes de dissolution énumérées dans l'art. 1865 du code civil et celle de l'art. 1871 s'appliquent à la société en nom collectif. Le code de commerce italien a réglé lui-même les causes de dissolution des sociétés commerciales en général et des sociétés en nom collectif en particulier (art. 189 sqq.), en excluant ainsi l'application des artt. 1729 et 1735 du code civil (1). Il règle longuement les causes d'exclusion d'un

(1) VIVANTE, op. cit., II, n⁰. 725.

associé (art. 186), ce qui dispense les autres de demander la dissolution (art. 187). La loi ne nomme pas parmi les causes qui font cesser la société la volonté d'un ou de plusieurs associés ; cela tient au fait que la loi exige (art. 88) dans l'acte constitutif de la société l'indication de l'époque où elle doit finir. La loi (art. 190) exclut même une prorogation tacite. Il n'y a donc pas normalement de sociétés en nom collectif conclues pour un temps indéterminé. VIVANTE enseigne pourtant que la société en nom collectif, conclue pour une époque indéterminée, est une société irrégulière, qui peut être dénoncée à volonté (1). Le code italien s'est aussi occupé de la fusion de deux sociétés (art. 193 et suivants). Le droit allemand, qui règle très longuement aussi, dans le code de commerce (§ 131 sqq.), les causes de dissolution de la société, ainsi que la retraite ou l'exclusion d'un associé, ne va pas aussi loin que le code italien. Il permet à un associé de dénoncer la relation, si la société a été conclue pour une durée indéterminée, pourvu que ce soit pour la fin d'une année sociale et que la dénonciation ait lieu six mois d'avance. Le droit anglais (sect. 26 j^c sect. 32) est moins exigeant. Je m'arrête ; la matière me tente, mais il faut savoir résister aux séductions des articles, sections et paragraphes.

La publicité, à donner à la dissolution, ainsi que la sanction des dispositions légales qui l'imposent, sont des matières du même ordre que la publicité à donner à la formation de la société.

Même les effets de la dissolution et de la liquidation qui en est la suite normale, ne doivent pas nous arrêter longtemps. La différence que les lois présentent par le fait seul qu'elles

---

(1) Ibidem, nº. 726.

ont ou qu'elles n'ont pas réglé la matière, est suffisamment saillante pour donner une valeur pratique à la question de savoir quelle loi régit la liquidation, institution juridique que l'on peut à meilleur droit considérer comme une prolongation de la société avec un but nouveau, que comme la décomposition juridique du cadavre fictif d'une personne morale. Le code de commerce français n'a pas réglé la dissolution, bien que son article 64 suppose l'existence d'un liquidateur; le code néerlandais a consacré à la matière quelques articles (artt. 32—35); le code allemand (§§ 145—158) tout un titre, dans lequel je relève comme particulièrement saillante la disposition du § 151, qui déclare qu'une limitation de l'étendue des pouvoirs des liquidateurs est inopérante à l'égard des tiers. C'est encore une des questions de la matière de la représentation.

C. **Application du droit.**

Je crois pouvoir considérer tout de suite la société en nom collectif sous sa face internationale. Entre les associés elle a le caractère d'une société simple, mais en même temps c'est une société dont les opérations comportent l'exercice d'une profession, qui régulièrement a dans un pays déterminé le centre de son activité. Dans ce cas, il n'y a pas à examiner si les associés ont aussi leurs domiciles dans ce même pays. Quand même ils seraient domiciliés dans des pays différents, ou même tous domiciliés dans un pays autre que celui du centre des opérations, la société, par sa profession centralisée dans un pays, pénètre assez profondément dans la vie active de ce pays, pour qu'on lui applique la loi qui y est en vigueur. Le domicile commun des parties, leur nationalité commune et toutes les autres circonstances, auront une valeur d'interpré-

tation, en tant qu'il s'agira de déterminer si les parties doivent être censées avoir fait tacitement usage de leur autonomie, dans les limites tracées par la loi qui régit le contrat.

Il se peut cependant que la société ait plusieurs établissements dans des pays divers, sans qu'on puisse dire quel est le centre de ses opérations, et qu'une question, dépendant du droit qui régit les rapports entre les associés, soit soulevée, relativement au partage des bénéfices par exemple. Il arrive en effet qu'un des associés dirige les affaires dans un pays, alors qu'un autre est à la tête de la maison qui se trouve dans une colonie autonome ou dans un pays étranger. On pourrait facilement dans ce cas fonder deux sociétés, sous des raisons sociales différentes, A & B ici, et B & A là-bas; cela se fait même quelquefois dans le seul but de mettre deux signatures différentes sur une lettre de change. Mais on peut supposer l'existence de plusieurs maisons, sous la même raison sociale, avec les mêmes associés, dans des pays différents. Pour ceux qui veulent à toute force que toute société soit régie par une loi, le cas peut être embarrassant; peut-être la „lex loci contractus", la „lex fori" même, seront-elles appelées au secours. Mais cela n'est pas satisfaisant. Il est beaucoup plus rationnel de dire que le contrat, obligatoire en vertu du droit commun international, doit être interprété d'après toutes les circonstances. La nationalité des parties, la langue dans laquelle le contrat a été rédigé ou dans laquelle les parties correspondent habituellement, pourront donner un résultat.

Ce qui précède concerne les rapports entre parties. Pour ce qui est des tiers la question se complique par le fait que la société, établie dans un pays, peut prendre part à la vie active internationale. Au reste, même lorsque la société est

établie dans un pays et qu'elle a conclu un contrat, qui appartient manifestement à la vie active locale de ce même pays, il se peut, lorsque ce contrat donne lieu à une action en justice dans un autre pays, que l'on conteste à la société le droit d'ester en justice, comme telle, dans un pays autre que celui où elle est établie. La question n'est pas bien inquiétante, et la réponse est tellement indiquée par les nécessités du „*commercium*" universel qu'il ne peut y avoir de doute que sur les arguments.

Il est bon cependant de peser un instant ces arguments. La société en nom collectif peut avoir un procès à soutenir en pays étranger, soit parce que son débiteur s'y est établi, soit parce qu'elle a fait une opération professionnelle dans ce pays. Sa qualité, je ne dis pas de personne morale, mais sa qualité en général sera-t-elle reconnue? Si l'on disait non, on irait certainement à l'encontre d'une exigence juridique de la vie active internationale. Mais encore peut-on vouloir se rendre compte de la nature de cette exigence. Est-ce parce que la société en nom collectif est une personne morale? Fera-t-on une différence entre la société, qui a le centre de ses opérations en Ecosse et une société qui l'a en Angleterre? Evidemment non. D'ailleurs si la personnalité est une fiction du législateur, on aboutit à une réponse négative en théorie, à moins de faire intervenir la nationalité et le statut personnel. La vérité est que le droit de former un groupe capable d'être sujet juridique est un droit qui dérive naturellement de l'état de société dans lequel les hommes vivent, et qu'il appartient seulement aux organes de la société de contenir ce droit dans de justes limites en réglementant son application. Ce droit de la société est exercé par chaque Etat, au nom de la communauté juridique universelle, dans la sphère

locale de la vie active de son pays ; et le groupe qui s'est formé, pour exercer une profession dans cette vie active, et qui a observé le droit local, doit être considéré partout comme une application légitime du droit de se former en groupe. Le même principe régit la société, qui, conformément à la loi du pays où se trouve son centre professionnel, est en liquidation. Si la société a plusieurs établissements d'importance égale, elle devra se conformer au droit de plusieurs pays pour que sa formation soit reconnue partout comme légitime.

Mais il ne s'ensuit aucunement qu'une société en nom collectif doive être soumise partout, en ce qui concerne les tiers, au droit du pays du centre ou des différents points centraux de ses opérations. C'est là une exagération du soi-disant statut personnel et du principe de nationalité, principe qui même pour les personnes naturelles n'a pas une autorité absolue. La vérité est que la société en nom collectif, qui en prenant part à la vie active internationale pénètre dans la vie active locale d'un pays étranger, se trouvera soumise non seulement à son droit originaire, mais aussi au droit local du pays où elle pénètre, dans une mesure proportionnelle au degré de pénétration.

Lorsqu'une société en nom collectif, qui a fait une opération dans la sphère locale de la vie active du pays où elle a son établissement central, a simplement un procès à soutenir en pays étranger, ce degré de pénétration est particulièrement minime. La société se trouvera soumise à la loi locale simplement comme partie litigante. Si, sans avoir un établissement en pays étranger, elle y a fait une opération, le degré de pénétration sera moyen ; la société pourra de plus, selon les circonstances, ainsi qu'il résulte des principes de la représen-

tation, être considérée comme obligée envers les tiers, conformément au droit du pays où elle a fait l'opération. Si la société a un établissement secondaire en pays étranger, elle sera tenue, de plus, d'observer les dispositions que la loi de ce pays a formulées pour les établissements secondaires de sociétés, et l'inobservation de ces dispositions aura pour elle les suites légales que cette loi y attache, en tant qu'il s'agit d'opérations faites par l'entremise de cet établissement. Enfin, si l'établissement, fondé en pays étranger, devient l'établissement principal ou l'établissement unique de la société, on conçoit que la loi de ce pays la soumette entièrement, surtout en ce qui concerne les tiers, au droit local de la société en nom collectif. Nous avons déjà constaté ces résultats pour les corporations et nous les retrouverons pour la société à responsabilité limitée.

§ 56. *La société à responsabilité limitée (anonyme).*

A. **Considérations générales.**

La société dont je vais m'occuper est le type diamétralement opposé à la société en nom collectif. Elle se caractérise par le fait que la responsabilité de tous les associés est limitée à leur apport. Peu importent les noms et les diverses variétés que l'on trouve dans les législations. Je dirai société anonyme pour avoir une expression brève.

Le développement pour ainsi dire universel de la société anonyme est dû au fait que la réduction de la responsabilité rend possible, au moyen d'apports relativement minimes,

constitués par un grand nombre de personnes qui n'ont pas même besoin de se connaître, des entreprises immenses, qui présentent une chance de perte limitée et une chance de bénéfice illimitée. L'initiative privée crée ainsi une puissance formidable du capital.

Ce n'est pas par enthousiasme que je constate cette puissance. Elle forme le beau côté de la médaille, qui a son revers. La société de capital présente le danger de l'agiotage et des escroqueries monstrueuses, qui intéressent non seulement le droit, mais la psychologie pathologique. Un autre danger consiste dans le fait qu'elle crée, dans l'Etat, des entreprises égoïstes, qui par un monopole de droit ou de fait peuvent nuire aux intérêts généraux.

Jusqu'à présent c'est surtout le premier de ces deux dangers qui a été pris en considération par les législateurs. Dans l'état actuel des rapports entre le capital et le travail, la société anonyme présente des avantages qui obligent les législateurs à l'accepter malgré son danger, mais les législateurs se sont efforcés de diminuer ce danger, en entourant la société anonyme d'entraves assez lâches pour lui permettre de se remuer, et assez serrées pour l'empêcher de faire du mal. Cela est plutôt dit que fait. Une bonne législation sur les sociétés anonymes est presque la quadrature du cercle. Mais le but commun des législations explique bien des choses.

Le second danger s'est dessiné de plus dans le courant du XIX[ième] siècle. Les grandes inventions, l'application de la vapeur et de l'électricité à l'industrie et aux moyens de communication, ont fait naître des associations de capitaux gigantesques, qui, par des monopoles de fait et des groupements d'associations, ont souvent restreint ou détruit toute concurrence. Une lutte économique entre les corporations de droit privé,

plus ou moins égoïstes, et les corporations de droit public. soucieuses de l'intérêt général, se développe de plus en plus. L'Etat commence à faire sentir son pouvoir régulateur aux grandes compagnies, et il commence aussi, soit par lui-même, soit par ses subdivisions politiques, les communes surtout, à prendre en main certains services, la poste aux lettres, les chemins de fer, la fourniture de l'eau potable et de la lumière, etc. Les villes sont ainsi devenues quelquefois de véritables œuvres de coopération. Où s'arrêtera ce mouvement? Atteindra-t-il tout ce qui est production en masse, transport public, assurance ? C'est le secret de l'avenir. Mais dans tous les cas l'évolution sera sans aucun doute, pendant longtemps, une évolution purement nationale. Le genre humain est trop mal organisé pour agir, et il faut un immense effort d'imagination pour se représenter l'humanité agissant à l'égard des Etats, devenus des compagnies égoïstes, comme les Etats agissent à l'égard des compagnies particulières.

Pour le droit international, c'est aujourd'hui uniquement le premier des deux dangers qu'il faut considérer. Le fait que les sociétés anonymes prennent part à la vie active internationale et qu'elles étendent leurs opérations sur plusieurs territoires donne un caractère pratique à la question de savoir quel droit régit la société anonyme dans la vie active internationale.

B. Esquisse d'une comparaison des lois sur les sociétés à responsabilité limitée (anonymes).

C'est un magnifique travail que la comparaison des diverses lois sur les sociétés anonymes. Le but commun des lois, but qu'elles cherchent à atteindre par les moyens les plus divers, est une pierre de touche qui permet de comparer ces moyens.

J'ai fait plusieurs fois ce travail comparatif avec les étudiants parvenus à la fin de leurs études, plus particulièrement en opposant aux lois de mon pays celles des pays voisins, la France, la Belgique, l'Angleterre et l'Allemagne, ce qui donne déjà une immense quantité de textes, et je crois que j'ai réussi à leur inspirer un intérêt assez vif.

Quelle belle chose que de suivre, en France et en Belgique, les modifications apportées au code de commerce français primitif, qui forme historiquement la base du droit de mon pays. Quelle curieuse évolution que celle du droit français, qui commence par le développement démesuré des sociétés en commandite par actions, et par la loi du 17 Juillet 1856, destinée à mettre fin aux abus commis sous cette forme. Puis vient la loi de 1867, abolissant pour la société anonyme, qui n'a pas l'assurance sur la vie pour objet, le contrôle préventif du gouvernement, et s'efforçant de prendre des précautions contre les abus, au moyen de séances constitutives, de responsabilités civiles et pénales, et d'un système de nullités, qui lui-même dégénère en abus et donne lieu à la révision de 1893. En Belgique, les lois du 18 Mai 1873 et du 22 Mai 1886 réalisent des réformes du même genre, mais non sans différences sensibles, dont l'obligation de publier le bilan et le compte des profits et pertes est l'exemple le plus remarquable.

Quelle chose instructive au plus haut point que la comparaison entre le droit allemand et le droit anglais en matière de sociétés par actions. En Allemagne, le législateur abolit en 1870 l'autorisation gouvernementale préalable, en inaugurant un système de liberté avec publicité, qui dure relativement peu de temps, pour faire place, en 1884, à un régime de fer, maintenu en grande partie par la révision de 1897, qui met le code de commerce allemand en concordance

avec le code civil. Sans aucun doute le régime sévère, auquel le législateur allemand a soumis la société anonyme, a été un des facteurs qui ont produit l'intéressante loi du 20 Avril 1892 (texte revisé en 1898) sur les sociétés à responsabilité limitée. Cette loi permet d'obtenir, avec moins d'entraves, la quasi-personnalité d'un groupe et la responsabilité limitée de ses membres. En Angleterre, le législateur commence, en 1862, par établir un régime de liberté avec publicité et quelques garanties. Puis, on voit le même législateur remettre incessamment, presque tous les ans, son travail sur le métier, pour aboutir, dans la loi de 1900, à un régime tel qu'on ne saurait dire au juste si c'est un régime de liberté avec beaucoup d'entraves ou un régime de réglementation légale avec une certaine liberté. Le législateur allemand et le législateur anglais, partis de systèmes tout à fait opposés, se rapprochent de plus en plus l'un de l'autre dans leurs tentatives incessantes de résoudre le problème formidable d'une loi parfaite.

Ce n'est pas que les autres lois des deux mondes ne méritent pas l'honneur d'une comparaison, mais cette comparaison a été faite et il n'y a guère de manuel de droit commercial un peu développé, qui ne parle des législations étrangères en matière de sociétés anonymes. Les exposés de motifs des projets de lois sur la matière font toujours mention des législations étrangères, et il est tellement évident que toutes les lois ont le même but que les législations se copient volontiers, sans souci de conserver intacte l'individualité nationale des lois. Dans les congrès spéciaux qui ont eu lieu, notamment à Paris en 1889 et en 1900, les qualités des lois ont été mises sur la pierre de touche de leur but commun. Dans ces circonstances, une longue étude peut être

considérée comme inutile. Je me contenterai d'une esquisse.

Une bonne loi sur les sociétés anonymes exige tant de choses, qu'il est difficile de faire un choix de points saillants. Tous les points le sont plus ou moins.

Au début, on a songé surtout à la fondation de la société anonyme et aux garanties que les tiers, créanciers de la société, trouvent dans le capital. Autant que possible on a voulu assurer la réalité de ce capital. Plus tard, on a songé aussi à l'intérêt du public, à qui l'on offre des actions, et qui court le risque de devenir victime de promesses habilement présentées ou d'apports dont l'évaluation est plus ou moins fantastique. Dans ce but on a songé, non plus seulement à la fondation, mais aux fondateurs. Les mesures à prendre en ce qui concerne la fondation et les fondateurs peuvent comporter un ensemble de formes, une intervention officielle et une publicité plus ou moins étendue.

La société anonyme doit être administrée par des personnes naturelles. La nomination et la révocation de ces administrateurs, leurs pouvoirs et leur responsabilité forment un sujet important de réglementation légale. A ce sujet vient se rattacher le contrôle sur la gestion.

Les affaires d'une société anonyme sont souvent chanceuses et nul ne peut garantir que le capital, réellement versé au début, demeurera intact. Mais comme ce capital est la seule garantie des créanciers, il peut y avoir lieu de prendre des mesures pour empêcher les dividendes fictifs, et donner périodiquement une certaine publicité aux résultats des opérations.

Dans une association composée d'un grand nombre de membres, la décision par voie de majorité est inévitable. Mais toujours est-il qu'il y a cent moyens d'empêcher que la majorité n'abuse de son pouvoir. Parmi ces moyens, il

faut compter l'organisation du droit de vote, quelquefois même une limite du nombre de voix qu'un gros actionnaire peut émettre, la publication préalable de l'ordre du jour, la détermination des points qui ne peuvent pas être décidés par voie de majorité ou par la majorité pure et simple, etc. etc. Les matières les plus délicates me semblent être les droits de la minorité et les droits individuels d'un actionnaire.

Je retiens ces quatre points, dont la saillie ne paraît dépasser celle des autres, notamment :

la *fondation* et les *fondateurs ;*

l'*administration* et le *contrôle ;*

les *bilans* et leur *publication ;*

les *droits de la minorité* et les *droits individuels,*

mais, étant donnés les nombreux travaux sur la matière, je me contente de les signaler.

Je ne parle pas des espèces particulières de sociétés anonymes, qui nécessitent des mesures spéciales, les banques d'émission, les banques hypothécaires, les sociétés pour l'exploitation des chemins de fer, par exemple. Une des catégories les plus importantes, la compagnie d'assurances sur la vie, sera traitée dans la matière des assurances.

Les impôts en matière de sociétés anonymes forment, enfin, un point très intéressant, mais qui appartient plutôt au droit fiscal international qu'au droit international privé.

C. **La nationalité des sociétés anonymes.**

La comparaison des lois, esquissée à grands traits, montre qu'il ne faut pas espérer arriver de sitôt à l'unification des lois sur les sociétés anonymes. Bien que les lois aient un but commun, les moyens qu'elles emploient pour l'atteindre

sont trop différents. Dans ces circonstances, il est naturel qu'on ait essayé, dans des congrès, dans des institutions scientifiques et même dans les lois, d'aboutir à une certaine harmonie en dotant la société anonyme d'une nationalité. Ce premier pas fait, on a cru pouvoir argumenter du statut personnel et du principe de nationalité pour poser la règle que la société anonyme est régie partout par son statut personnel, fixé par sa nationalité, sauf à admettre quelques exceptions.

La société anonyme a-t-elle par elle-même, indépendamment d'un texte qui la lui donne, une nationalité ? Tout le monde est d'accord pour dire qu'on ne peut pas simplement appliquer à la société anonyme, même si l'on en fait une personne morale, les dispositions qui régissent la nationalité des personnes naturelles, et qui donnent une certaine influence au sang paternel ou maternel. Il n'y a pas même analogie. Mais y a-t-il d'autres éléments qui donnent à la société anonyme une nationalité, conformément aux exigences de la communauté juridique universelle (1)?

Je crois qu'il faut répondre : *oui* et *non*.

La société anonyme se rattache à un territoire par trois éléments. Le premier est le lieu où elle a été fondée, où les formalités légales de sa constitution, de son autorisation, de son inscription, etc. ont été remplies. Le deuxième est celui de son siège administratif, le lieu d'où part la direction de ses affaires. Le troisième est le centre effectif des opérations.

Lorsque ces trois éléments sont réunis dans un même pays, on peut dire que la société a la nationalité de ce pays ; elle appartient à la vie active locale. En ce sens, on peut dire qu'elle a une nationalité qui s'impose à la communauté

(1) Conf. THALLER dans ses *Annales* 1890, p. 257 sqq.

juridique universelle. Mais si les trois éléments se présentent disjonctivement, il faut les peser et c'est seulement après cette opération qu'on peut dire quel est l'élément prépondérant, qui fera pénétrer la société dans la vie locale d'un pays. Or, cette opération ne peut pas se faire d'une manière absolue, elle est arbitraire. Dans un certain sens, il en est de même de la nationalité des personnes naturelles. Lorsqu'un enfant naît en France de parents, français tous deux et domiciliés en France, l'enfant aura une nationalité originaire qui s'impose. Mais si l'enfant est né d'un père français et d'une mère étrangère, il faut une disposition arbitraire pour dire que si l'enfant est légitime, par exemple, le sang du père a plus de poids que celui de la mère.

Par la loi d'un Etat isolé, appliquant ce que j'ai appelé la méthode individuelle ou particulière du droit international privé, cette détermination arbitraire peut se faire. Mais l'Etat isolé ne dispose que de sa propre nationalité. Il peut dire, comme l'a fait la loi belge, que telle ou telle société est belge, et il pourra en résulter par argument a contrario ou par détermination de la loi particulière, que les autres sociétés sont étrangères, et à la rigueur qu'elles ont, *au point de vue du juge belge*, une nationalité étrangère déterminée, mais cette nationalité ne s'impose pas à la communauté juridique universelle.

C'est en ce sens que certaines lois ont tenté de résoudre la question.

J'ai déjà nommé à titre d'exemple la loi belge. Elle est libérale pour les sociétés étrangères ou plutôt „non-belges" qui font des opérations en Belgique ou même qui y fondent une succursale ; mais elle déclare belges les sociétés dont le principal établissement est en Belgique, bien que l'acte con-

stitutif ait été passé en pays étranger (art. 12-, loi de 1873, texte de 1886). La loi ne dit pas que la société qui a passé son acte constitutif en Belgique, mais qui a son principal établissement à l'étranger, est étrangère ou qu'elle a la nationalité d'un pays déterminé, au point de vue du juge belge. Namur (1) prétend qu'il en est ainsi cependant, Rolin (2) le conteste, et Diena (3), qui examine la question, penche pour l'opinion de Namur.

En France, la loi du 30 Mai 1857 accorde l'existence légale aux sociétés belges, ce qui suppose qu'il y a des sociétés qui sont belges au point de vue du juge français. La même loi autorise le Gouvernement à accorder libéralement le droit à l'existence aux sociétés des autres pays, ce qui présuppose aussi un système de nationalisation. La législation française concernant les impôts à prélever sur les sociétés non-françaises, est fort compliquée, par suite du souci de l'égalité dans la fiscalité (4).

Dans notre pays et en Allemagne, la loi ne décide pas la question de principe, mais l'existence juridique des sociétés anonymes étrangères n'est pas mise en doute sérieusement. Le code de commerce italien, le code argentin (5), le code japonais, entre autres, ont par contre des dispositions formelles, qui toutes supposent une distinction entre les sociétés nationales et les sociétés étrangères.

(1) Op. cit., II, 426.

(2) Op. cit., III, n°. 1279.

(3) Op. cit., I, n°. 38.

(4) Maurice Jobit, dans les documents du Congrès international des valeurs mobilières (Paris 1900) 1er fascicule nos. 35 et 36.

(5) Conf: *Les sociétés commerciales dans le droit intern. privé* (Calandrelli) dans le Bulletin argentin du droit intern. privé, 1904, p. 342. Des renseignements détaillés sur les lois étrangères se trouvent chez Diena I, nos. 35, 36, 36*bis*, et chez Meili, op. cit., II, § 165.

La question perd en partie son caractère individuel, lorsqu'il y a un traité entre deux nations. Ces traités sont nombreux. Notre pays, entre autres, en a conclu un avec l'Italie et tout récemment encore avec la Grèce. Les traités ont, expressément ou tacitement, une détermination de la nationalité par la voie d'une disposition arbitraire collective, qui peut préparer une détermination arbitraire universelle.

Cette dernière détermination a fait l'objet de tentatives sérieuses de la part de l'Institut de droit international, dans sa session de Hambourg (1891) (1) et du congrès international des sociétés par actions, qui a eu lieu à Paris en 1900 (2). La certitude de la règle applicable peut être obtenue de cette manière, à condition que l'entente scientifique sur un projet se transforme en une loi internationale. Ce résultat n'est pas à dédaigner si, comme il est probable, on ne peut pas arriver à obtenir davantage.

D. **Application du droit.**

Nous pouvons commencer par le cas où la société anonyme appartient par des éléments, décisifs pour son but social, à un Etat déterminé. Il faut alors qu'elle ait été fondée dans cet Etat, et qu'elle y ait son siège administratif et le centre de son exploitation. On peut dire, dans ce cas, qu'elle a la nationalité de cet Etat. Il n'y a de danger dans l'expression que lorsqu'on veut inférer de la seule nationalité que le statut personnel de la société la suit partout.

Lorsque la société anonyme se présente sous la face locale-

(1) *Annuaire*, XI, jo. 151 sqq.

(2) Compte-rendu sténographique. Résolutions 21—23. Discussion : pp. 287 sqq.

nationale, c'est-à-dire lorsque c'est le juge du pays, auquel elle appartient pleinement, qui doit juger un procès se rapportant à la constitution de la société, aux versements à faire, à la validité des décisions d'une assemblée générale, à la responsabilité des administrateurs ou des commissaires de surveillance, aux pouvoirs que les administrateurs ont exercés dans la sphère locale de la vie active, etc., il est évident que le juge appliquera à la société le droit du pays auquel elle appartient. C'est le droit national de son pays que le juge applique dans la sphère de la vie active, pour laquelle ce droit a été formulé en tout premier lieu.

Ce cas est tout simple, ce n'est même du droit international privé qu'en tant que l'on admet, comme moi, que ce droit est le droit privé lui-même, considéré au point de vue des exigences de la communauté juridique du genre humain. Mais, quoi qu'il en soit, je m'en sers comme d'une transition pour passer à la face locale-étrangère.

Lorsque la société se présente sous cette face, la matérialité des faits est la même que pour la face locale-nationale, seulement c'est un juge étranger qui se trouve avoir juridiction et compétence. Il n'est pas du tout nécessaire que la société ait fait une opération dans le pays de ce juge. La juridiction et la compétence peuvent provenir du fait qu'un débiteur de la société s'est déplacé et est allé habiter le pays du juge, qui a acquis ainsi juridiction. Dans ce cas, la question de savoir si la société étrangère existe comme telle et peut ester en justice pour maintenir un droit acquis, se pose dans toute sa pureté. Pour moi, la réponse à cette question doit être affirmative. L'objection que la société est une fiction repose sur une erreur. Ma réponse affirmative se base, non pas sur ce que les auteurs appellent le statut personnel, mais sur une

exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle. En ce qui concerne l'argument, j'ai l'honneur d'être d'accord avec VON BAR (1), ce qui m'est d'autant plus précieux qu'il emploie rarement cet argument : quant à la conclusion même elle compte parmi ses partisans le plus grand nombre des auteurs, y compris ceux qui en droit strict croient devoir poser un autre principe et qui ne veulent entendre parler que de complaisance internationale.

La société anonyme prend part à la vie active universelle, au moins autant que la société en nom collectif. Elle peut le faire de diverses manières. Tout d'abord, elle peut conclure occasionnellement une affaire dans un pays autre que celui auquel elle appartient. Puis elle peut, sans cesser d'appartenir à un pays, établir une succursale, une agence permanente ou quelque chose d'analogue dans un autre pays. Enfin il se peut qu'elle ait été fondée dans un pays, alors qu'elle a, sinon son siège administratif, du moins le centre de son exploitation dans un autre pays. Ces divers cas, qui ne doivent pas être confondus dans une question unique, portant sur le droit qui régit la société étrangère, nous donnent des degrés différents de pénétration de la société anonyme dans la vie active locale d'un pays étranger, et il est juste qu'elle soit soumise au droit local de ce pays dans la proportion de sa pénétration.

Prenons successivement les trois cas.

Le premier est le plus simple. Il suppose que la société est pleinement localisée, nationalisée si l'on veut, mais qu'elle a fait à l'occasion une opération dans un autre pays. Si à ce sujet un procès s'engage dans le pays même où la société est établie, le droit de la société d'ester en justice ne sera

(1) Op. cit., I, n°. 104.

certes pas contesté. Les lois ne songent guère à défendre en général aux sociétés nationales de faire des affaires à l'étranger. La seule question douteuse peut être une question de représentation; cependant, comme la qualité de la société est aisément reconnaissable, la loi applicable sera ici presque toujours celle de la nationalité de la société. Mais le procès peut aussi s'engager dans un autre pays particulièrement celui où la société a fait son opération. Il s'agit alors de savoir, dans ce dernier pays, si la société étrangère peut prendre part comme telle à la vie active et ester en justice comme telle, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse. Pour moi, encore une fois, la réponse affirmative n'est pas douteuse, pour les motifs déjà indiqués en ce qui concerne les corporations et les sociétés en nom collectif. Le pouvoir des hommes de former un groupe, qui sera sujet juridique, leur appartient naturellement, sauf le droit des organes de la communauté politique de soumettre l'exercice de ce pouvoir à des conditions; ce droit est exercé par chaque Etat, sur son territoire, au nom de la communauté juridique universelle, ce qui implique que les autres Etats ont le devoir de respecter ce qui a été fait, sauf à intervenir, si le groupe pénètre dans la vie active de leur pays, proportionnellement au degré de pénétration. Il n'est besoin pour cela ni de statut personnel ni de principe de nationalité, la considération de l'ordre raisonnable de la vie active universelle suffit. Comment d'ailleurs des considérations théoriques de droit international pourraient-elles conduire à un résultat contraire à l'ordre raisonnable de la vie active universelle, alors que c'est sur cet ordre que repose le droit international? Quant aux considérations tirées de textes, elles valent ce qu'elles valent. Faut-il en France interpréter la loi de 1857 de telle sorte

que les sociétés étrangères, qui n'ont pas fait l'objet d'un décret, sont sans personnalité en France, sauf à leur donner, si la partie adverse est française et demanderesse, une qualité de société de fait, qui suffit pour leur appliquer l'article 14 du code civil ? Pour moi je serais tenté, en toute modestie, de dire que cette loi a constaté expressément et mis hors de doute, pour certaines sociétés, un principe dont l'application est générale. Mais je ne veux pas discuter le droit français. En ce qui concerne l'art. 14 en question, un jurisconsulte français m'a dit un jour : „tout a été jugé" ! Dans le cas qui nous occupe, le degré de pénétration de la société, dans une sphère étrangère de vie active, est minime, mais il ne se fera pas moins sentir. La société étrangère, qui pose un acte professionnel dans un pays étranger, est soumise au droit qui régit, dans ce pays, cet acte professionnel ; si elle est partie dans un procès, elle sera soumise aux dispositions locales du droit de procédure, particulièment à celles qui rendent défavorable la qualité d'étranger ; enfin, il n'est pas impossible que le fait, que la société a agi en pays étranger, ait une influence sur l'application des principes de la représentation.

Vient maintenant la question de la société, qui est pleinement localisée, mais qui a établi une succursale ou une agence dans un autre pays. Cette société ne cesse pas d'être soumise en principe au droit du pays auquel elle appartient, et les droits qui résultent de sa constitution régulière ne cessent pas d'être des droits acquis, mais il y a alors une pénétration assez profonde, et il est parfaitement juste que la loi du pays où se trouve l'établissement secondaire se fasse sentir dans une mesure raisonnable, et que, si elle a fait usage de son droit de réglementation, les effets qu'elle y attache soient universellement respectés, même dans

le pays où se trouve l'établissement principal. On peut discuter sur les détails, au point de vue de la codification ; je ne veux pas aller trop loin dans cette direction, parce qu'il y a des lois qui ont usé de leur pouvoir de réglementation, le code italien par exemple, que j'ai déjà cité. La loi locale peut imposer à l'établissement secondaire le devoir d'avertir le public de l'existence de la société et des conditions dans lesquelles elle entend faire des affaires, et sanctionner ces dispositions par la responsabilité personnelle des administrateurs de l'établissement secondaire, qui ont fait appel au crédit public. Si la profession, que l'établissement secondaire exerce, est soumise à une réglementation locale, l'établissement en question pourra être soumis aux mêmes mesures que les sociétés locales qui exercent la même profession. Le fait de l'existence de l'établissement secondaire aura aussi sur la représentation une influence notable, bien plus grande que dans le cas où la société étrangère a seulement fait à l'occasion une affaire dans un pays où elle n'a aucun établissement.

Le cas où la société, fondée et localisée dans un Etat, aurait des établissements secondaires dans plusieurs Etats étrangers différents, ne demande pas d'explications particulières. En fait, il peut être difficile de déterminer de quel établissement une affaire émane, mais c'est par les circonstances qu'il faut faire cette détermination.

La question la plus grave est certainement celle de la société, dont les opérations ont leur centre dans un pays autre que celui où elle a été fondée et où elle a normalement son siège administratif. Le cas où les trois éléments décisifs seraient localisés dans trois pays différents est trop hypothétique pour être pris en considération. Une double localisation est au contraire très fréquente.

On peut en distinguer deux nuances. La première est celle qui nous présente une société fondée dans un pays où elle a son siège administratif, et qui a le centre de ses opérations dans un autre pays. Ce n'est pas là du tout une monstruosité, un mouton à deux têtes. Très souvent le capital d'une société par actions se forme dans un pays, où l'on convient alors d'établir les organes centraux et de tenir les assemblées d'actionnaires, alors que le centre d'exploitation se trouve dans les colonies, dans un pays étranger, voire dans un pays inculte et sauvage. Combien de fois ne forme-t-on pas en Angleterre, en France, en Belgique, surtout même en Belgique, dont l'expansion industrielle dans le monde est une chose admirable, des compagnies qui ont pour but de construire et d'exploiter des chemins de fer dans un pays lointain ou de mettre en œuvre les richesses industrielles, forestières, minières de ce pays ? Aucune exigence de l'ordre raisonnable de la vie ne s'y oppose. La seconde nuance est plus délicate. Il s'agit alors d'une société, qui se fonde dans un pays et se constitue conformément à ses lois, puis qui s'envole, pour ainsi dire, et va fixer son siège administratif et le centre de ses opérations dans un autre pays. Ce fait peut éveiller la défiance, surtout dans ce dernier pays, qui peut croire que les fondateurs ont voulu éluder ses lois sur la fondation des sociétés, lois plus sévères peut-être que celles du pays choisi pour y enregistrer l'acte de naissance de la société. Il se peut aussi que ce soit une question de frais ou d'impôts établis sur la constitution de sociétés, ce qui peut déplaire souverainement au fisc. Dans tous les cas la question, comme il a été dit, est délicate.

Les difficultés de ces questions, qui ne sont pas minimes, ont été augmentées encore par des défauts de méthode. On

ne les pas toujours suffisamment distinguées l'une de l'autre. Puis on a voulu décider une question douteuse en invoquant un principe dont l'applicabilité est douteuse aussi, ce qu'on a fait en dotant la société internationale d'une nationalité, par le seul effet du raisonnement. Les arguments de ceux qui veulent donner à la société internationale la nationalité du siège principal de son exploitation, comme Lyon-Caen et Renault (1), de son principal établissement, comme Weiss (2), ou de son siège administratif, comme Diena (3), ne se rencontrent pas sur le terrain de la logique ; ce n'est pas par raisonnement, mais par détermination plus ou moins arbitraire d'une loi que la société internationale peut acquérir une nationalité. Ici encore il faut mesurer le degré de pénétration de la société anonyme dans la vie active étrangère, et la soumettre au droit de cette vie active dans la mesure raisonnable.

Tâchons de mesurer ce degré pour la première nuance de la société internationale. Nous avons alors affaire à une société, fondée dans un pays parce que c'est là que se trouvent les actionnaires, et qui conserve dans ce pays le siège de son administration, alors que le centre effectif des opérations est dans un autre pays. Le degré de pénétration dans ce dernier pays est tel, pour ceux qui traitent avec la société dans ce pays, que la différence entre une société étrangère et une société nationale disparaît à peu près entièrement. Une distinction entre la constitution intérieure de la société et son activité publique me semble alors nécessaire. La constitution intérieure restera soumise à la loi du pays, où se trouvent le lieu de fondation et le siège administratif. Fondateurs et

(1) Op. cit., II, n⁰. 1167.
(2) *Traité*, II, p. 417.
(3) Op. cit., I, n⁰. 37.

actionnaires ont observé la loi, à laquelle renvoient les exigences de la vie active universelle. Mais dans son activité publique la société devra observer les règles que la loi du pays où elle a le siège de ses opérations peut raisonnablement lui imposer. Et la mesure de ce qui est raisonnable est indiquée par le fait que la société étrangère prend part à la vie locale comme une société nationale ; la loi locale pourra soumettre les opérations aux règles qu'elle impose à une société nationale, la sanction sera la même et cette sanction sera reconnue en principe partout. La loi du lieu, où se trouve le siège effectif des opérations, peut aller plus loin, et nationaliser entièrement la société qui se trouve dans notre cas ; le juge local obéira naturellement, mais pour le juge d'un autre pays l'application de cette disposition sera limitée à ce qui est raisonnable. La loi du lieu où se trouve le siège effectif des opérations peut dire moins que ce qu'elle pourrait dire, elle peut se contenter de quelques règles, ou même se taire entièrement, tout en reconnaissant l'existence des sociétés étrangères et en les admettant pleinement à prendre part à la vie active locale. C'est ce que fait notre loi néerlandaise, du moins d'après le sens que lui donne l'arrêt de la Cour de cassation de 1866, devant lequel les juridictions inférieures se sont inclinées. Dans ce cas, je ne vois pas que les juges des autres pays soient obligés d'être plus sévères. Il restera seulement la question de la représentation, dont la solution sera fortement influencée, tant par la loi originaire de la société que par celle du lieu où se trouve le centre effectif des opérations. Cette question a été, à ce qu'il me paraît modestement, suffisamment élucidée.

J'aborde maintenant la nuance qui représente la pénétration la plus profonde. Une société a été fondée dans un Etat et

se trouve avoir, dans un autre Etat, son siège administratif et le centre effectif de ses opérations.

Sans être positivement une monstruosité, ce cas n'est pas tout à fait régulier, au point de vue de la communauté juridique internationale. Il se peut que des personnes, qui entendent éluder les dispositions légales souvent fort sévères sur la formation des sociétés anonymes, aillent passer un acte dans un pays où la loi a adopté un régime de liberté. Il se peut aussi que le changement n'ait pas été prévu à l'origine. Les affaires peuvent se concentrer tout doucement dans le lieu de l'exploitation de telle sorte qu'il devient plus sage d'y transporter aussi l'administration. On peut supposer encore que les actions, primitivement placées dans le pays de la fondation, ont changé de mains, et se trouvent appartenir à peu près toutes à des personnes domiciliées dans le pays d'exploitation, de sorte qu'il vaut mieux y tenir les assemblées générales. Mais dans tous les cas, aucun intérêt majeur de la communauté juridique universelle n'exige que le changement de concentration puisse se produire par le seul effet de la volonté des personnes intéressées. Il y a donc une grande différence entre cette nuance et celle qui précède.

L'Etat, dont les lois ont été éludées par le fait des fondateurs de la société, sera très disposé à considérer ce fait comme frauduleux, et si les fondateurs ont établi dans le pays de formation un siège administratif apparent, il se refusera à tenir compte de cette fiction. D'ailleurs, quand même l'évolution de la société serait lente, la société qui finit par avoir dans un pays le centre de son activité intérieure et extérieure, pénètre tellement profondément dans la vie active locale de ce pays, qu'une application complète

de ses lois ne contredit, tout au moins, aucune exigence de la vie active internationale. L'Etat, où de fait toute l'activité de la société se concentre, peut légitimement la soumettre entièrement à ses lois. Si les circonstances rendent nécessaire un changement de concentration, la société devra se reconstituer. C'est dans cet esprit qu'a agi le code de commerce italien, qui, comme Diena le fait remarquer, a dans son article 230 deux conditions, réunies par la conjonction „e" (et). Le code italien naturalise les sociétes en question, il leur donne une nationalité. Je ne défends pas l'expression, mais l'idée qu'elle exprime, la soumission à la loi locale, me paraît juste, au point de vue du législateur italien.

Reste à savoir si cette soumission sera admise partout dans les mêmes conditions. La concession unilatérale d'une nationalité ne suffit pas pour cela, mais le degré de pénétration, dans la vie active locale d'un pays déterminé, forme un argument tiré des exigences juridiques de la vie active universelle, argument suffisant pour imposer, en principe, une règle internationale. Seulement il faut faire remarquer que l'application de la loi du pays où la société se trouve avoir, à la fois, son siège administratif et son centre d'exploitation, peut rencontrer dans d'autres pays des obstacles tirés du droit positif de ces derniers pays. Cela sera le cas d'abord si la question se pose dans le pays, où la société a été fondée en observant toutes les formalités de la loi. La société, au point de vue de ce dernier pays, a acquis une existence légale, et si la loi qui lui a donné cette existence ne dit pas qu'elle se perd lorsque la société transporte au loin son siège, le juge ne peut guère admettre que la société en question soit entièrement soumise à une loi étrangère. Le même effet peut se produire lorsque l'existence légale de la société transplantée est mise en doute

dans un Etat autre que celui de la fondation et celui de la transplantation, et que l'Etat où le procès s'engage a conclu un traité avec l'Etat de la fondation,- traité qui l'oblige à reconnaître les sociétés formées dans ce dernier Etat, conformément aux lois locales. Le texte du traité peut, comme la loi positive, faire échec à la règle de droit international.

En présence de ces difficultés pratiques, une entente internationale est désirable. L'étude du droit comparé montre qu'il serait, sinon impossible, du moins fort difficile d'arriver à un mode uniforme de constitution de la société anonyme. Les lois marchent toutes vers le même but mais elles ne sont pas encore d'accord sur les moyens de l'atteindre. En attendant, une règle internationale positive pourrait, non pas précisément dire que la société anonyme est régie par la loi du pays où elle a son siège administratif réel et le centre effectif de ses opérations, mais statuer formellement que si l'Etat, où la société a été transplantée de cette manière, la soumet à ses lois sous certains rapports, les autres Etats respecteront les dispositions de ce genre. Les Etats établiraient ainsi, en commun, une règle destinée à maintenir l'ordre raisonnable de la vie active universelle. Cette règle ne serait pas une décision sur un conflit, mais elle serait néanmoins une règle de droit international.

---

§ 57. *Formes intermédiaires.*

A. **Observations générales.**

Entre la société en nom collectif, caractérisée par la responsabilité illimitée, solidaire même le plus souvent, de tous

les associés, et la société anonyme, dans laquelle la responsabilité indirecte de tous les associés est limitée à leur apport, il y a place pour un grand nombre de formes intermédiaires. Il y a d'abord les différents types de sociétés en commandite, qui représentent assez bien une juxtaposition des deux formes de responsabilité, et en même temps un mélange de l'idée de la confiance personnelle avec celle de l'impersonnalité de l'apport en capital. Puis viennent les différents types de la société .cooperative, institution hybride, qui tantôt se rapproche de la société basée sur la confiance personnelle et tantôt de celle qui met en œuvre un capital fixe ou variable. On peut y ajouter encore la société d'assurances mutuelles, qui est en somme une espèce de coopération, et à la rigueur l'armement maritime, qui souvent forme une société de propriétaires.

Dans une monographie spéciale sur le droit international des sociétés, il faudrait appliquer à toutes ces formes les principes que nous avons examinés, mais, pour le but de mon travail, il suffit de montrer que ces principes sont applicables. Je passerai donc légèrement sur la commandite et la coopération. Pour ce qui est de la société d'assurances mutuelles, je me réserve d'en dire un mot en traitant des assurances. Quant à l'armement, j'en parlerai brièvement dans un § spécial, qui s'étendra au. cas où le navire n'a qu'un seul propriétaire. La responsabilité limitée du propriétaire de navires, au reste, ne dépend pas d'une convention, mais directement de la loi.

B. **Sociétés en commandite.**

Il y a tout un groupe de sociétés, commerciales ou à forme commerciale, qui se caractérise par le fait qu'elles

présentent un ensemble de personnes unies par un lien social, jouissant des bénéfices et supportant les pertes, alors qu'une partie seulement de ces personnes est responsable d'une manière illimitée envers les tiers. D'après le principe de confiance, qui veut que la responsabilité des associés soit en rapport direct avec la surface de crédit qu'ils présentent au public, on ne peut obtenir cette diminution de la responsabilité qu'en cachant au public l'existence de certains associés, ou en publiant clairement leur véritable caractère. Cependant toutes les législations n'ont pas donné le nom de société en commandite aux sociétés où l'existence de certains membres est tenue secrète ; elles les appellent associations momentanées, associations en participation, sociétés muettes, etc., alors qu'elles réservent le nom de sociétés en commandite aux sociétés qui publient la limitation. Il y a des différences aussi quant à l'exigence de la commercialité et quant à la personnification. Tout cela devient surtout important après qu'on a reconnu que la société appartient à une sphère locale de vie active ou y pénètre plus ou moins profondément.

Notre législation néerlandaise, fort peu explicite et pavée de controverses, comprend dans la catégorie des sociétés en commandite celle qui se forme entre une seule personne, exerçant le commerce sous son propre nom, sans aucune raison sociale, et des capitalistes participants, dont rien ne transpire au dehors. On a même pu soutenir que la commandite est plutôt une variété du prêt que de la société. Dans la loi anglaise de 1890 (partnership act), la section 3 parle aussi d'un prêteur intéressé. D'autres législations, notamment celles de la Belgique, de la Suisse, de l'Italie, de l'Allemagne, du Japon, etc. ont fait de la société en commandite une variété de la société en nom collectif, en distinguant

entre la commandite simple ou par intérêts et la commandite par actions. Malgré leurs principes communs, ces lois présentent aussi des différences, notamment en ce qui concerne la nécessité de faire connaître les noms et les apports des commanditaires, les devoirs de ceux-ci et leur droit de surveillance, la poursuite directe des tiers contre les commanditaires, etc.

La société en commandite par actions a eu des origines modestes, puis, ellé a voulu se faire aussi grosse que la société anonyme, et ce désir de s'enfler lui a souvent coûté sa liberté. Le code de commerce français primitif (art. 38) l'autorisait simplement, „sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société". Le code de commerce néerlandais de 1838 ne la nomme même pas. Depuis, elle a pris un grand développement, dans la vie active de certains pays d'abord, et puis dans leurs lois. Bien que foncièrement différente en théorie de la société anonyme, elle donne à peu près le même résultat économique. Dans les pays où les lois sur les sociétés anonymes étaient sévères et tatillonnes, tout en laissant libre la commandite par actions, on a employé cette dernière pour échapper à la sévérité du législateur, et tout naturellement le législateur, dès qu'il a compris la manœuvre, a tenté de la déjouer en soumettant la commandite par actions au même droit que la société anonyme. Cette évolution s'est faite en France, et l'exemple a été suivi avec zèle. La loi anglaise sur les compagnies prévoit la possibilité de rendre les gérants responsables indéfiniment, ce qui aboutit au résultat de la commandite par actions.

L'application du droit international privé aux diverses formes de la commandite est sans doute une chose intéressante, mais, en se plaçant un peu haut, on voit que les sociétés en

commandite et les sociétés analogues, plus secrètes, sont ou bien des sociétés simples, ou bien des variétés de la société en nom collectif, ou encore des institutions qui se développent sur une ligne parallèle à la voie des sociétés anonymes, et comme nous avons passé en revue ces trois sortes de sociétés, l'applicabilité des principes déjà examinés peut être posée en général. Dans le travail actuel, qui ne se propose pas de tout dire à propos de tout, mais de vérifier l'application des principes, cela peut suffire.

C. **Sociétés coopératives.**

Je me permets encore de le prendre de haut et d'employer l'expression de société coopérative dans son sens le plus général, comprenant la société à capital variable du droit français, les „Genossenschaften" allemandes, les „artèles" russes, etc. Une étude comparative de ces diverses variétés est un sujet du plus haut intérêt, tant au point de vue économique, qu'au point de vue juridique. Seulement cette étude a été faite et se poursuit (1), et il faut ajouter que les lois portent la marque de l'individualité nationale, et aussi que les sociétés en question n'étendent guère leurs opérations au delà du pays où elles ont été fondées et où elles ont à la fois leur siège administratif et le centre de leurs opérations. Pour l'application du droit international, les règles exposées pour les associations et les sociétés sont suffisantes, même pour le cas où une société coopérative ferait des opérations hors du pays où elle a été fondée, ce qui peut arriver pour les institutions centrales de vente et d'achat en commun.

---

(1) Compte-rendu du VI[e] Congrès de l'Alliance coop. intern. Londres 1905.

§ 58. *L'armement maritime.*

A. **Observations générales.**

Je me contente de parler de l'armement maritime, qui produit régulièrement les complications internationales, que l'armement lacustre ou fluvial ne produit que par exception. L'armement maritime peut former, ou bien une société, ou bien une communauté de fait organisée en société par la loi (1). C'est même une communauté d'antique noblesse, mère, grand-mère et aïeule de nombreuses institutions juridiques. On en fait descendre la commandite, la responsabilité limitée, la coopération d'assurances. GROTIUS, dans son introduction au droit hollandais, (III, 22) traite longuement du contrat d'amirauté, qu'un certain nombre de propriétaires concluaient, étaient même obligés légalement de conclure quelquefois, pour s'engager à naviguer de conserve, à se défendre en commun, à supporter en commun les risques de guerre. On peut y trouver les premiers germes de l'assurance obligatoire des marins et des soldats de marine contre les accidents. Le droit de l'armement, au reste, est plus large que la matière de la société ou de la communauté, parce qu'il y a une responsabilité limitée même lorsqu'il n'y a qu'un seul propriétaire. Peut-être l'armement est-il, ici encore, le pionnier du droit futur, qui permettra à une personne isolée de mettre une partie de sa fortune dans une opération, et de limiter sa responsabilité à cet apport, sous certaines conditions et avec des formes destinées à avertir le public.

(1) DE VALROGER, *Droit maritime* I, p. 354. LYON-CAEN et RENAULT op. cit., V, n°. 298.

B. Régime intérieur.

Bien que la responsabilité des propriétaires de navires soit le point le plus important, dans la matière de l'armement, les relations entre les copropriétaires ne sont pas négligeables. Le code de commerce français, que j'opposerai ici au code néerlandais, n'a consacré à ces relations que quelques règles, concentrées dans l'art. 220, règles qui établissent la prépondérance de la majorité des intérêts et limitent le droit de demander la licitation ; les parties sont libres, au reste, de faire une convention, sauf la condition de forme exprimée à la fin de l'article. Les lois françaises sur les hypothèques maritimes ont aussi quelques dispositions qui se rapportent à notre matière. Le code de commerce néerlandais a cru qu'il importait à la prospérité de la marine marchande nationale de donner un ensemble complet de règles, spécialement quant aux droits de la minorité. Le code allemand et les lois maritimes scandinaves ont été rédigés dans l'esprit du code néerlandais, mais avec des tendances plus modernes. Dans le droit anglais, la matière n'est pas codifiée, mais la jurisprudence a reconnu certains droits de la minorité (1).

Le code de commerce français ne s'occupe pas spécialement de l'armateur-gérant. Sauf une disposition contenue dans la loi de 1885 sur l'hypothèque maritime (2), ses droits et ses devoirs sont régis par les principes généraux ; de Valroger (3) mentionne même une décision judiciaire qui lui impose l'obligation d'assurer le navire. Le code néerlandais et les

(1) Foard, op. cit., pp. 32 et 46. Maclachlan, op. cit., (4e édit) Chap. III, p. 103.

(2) Lyon-Caen et Renault, V. n°. 292.

(3) Op. cit., I, 354.

lois que je viens de citer sont bien plus explicites. La position du gérant spécial (managing owner, ship's husband) a été déterminée, dans le droit anglais, par la jurisprudence.

C. **Responsabilité des propriétaires (armateurs).**

La limitation de la responsabilité des propriétaires est, sans aucun doute, le point le plus saillant de la matière, mais il y a d'autres questions, qui se rapportent aux relations juridiques entre les propriétaires et les tiers, et qui ne manquent pas d'importance. On peut discuter le point de savoir si l'armement forme une personne morale, mais la discussion n'a une base sérieuse que lorsqu'elle se produit entre des jurisconsultes, qui sont d'accord sur ce que c'est qu'une personne morale et sur les caractères qui servent à la reconnaître ; sinon c'est une querelle entre gens qui parlent des langues différentes et ne se comprennent pas. La question de savoir si une collectivité d'armement, qui n'est pas nationale, peut ester en justice comme telle, me paraît indépendante de celle de la personnalité morale ; l'ordre raisonnable de la vie active impose, à mon avis, une réponse affirmative en principe, sauf à tenir des dispositions du droit de procédure de l'Etat où il y a procès. La responsabilité des propriétaires peut être engagée par leur propre fait, par un acte de l'armateur-gérant ou par un acte ou fait du capitaine. Il y a là une question de représentation et de solidarité. Le code de commerce allemand (§ 493, 495, 496) distingue soigneusement entre les pouvoirs du gérant à l'égard de ses commettants et ceux à l'égard des tiers. Le code de commerce néerlandais rejette expressément la solidarité (artt. 321 et 335) ; en France, elle

a été admise, au moins en tant qu'il y a entre les propriétaires une société commerciale (1).

J'arrive maintenant à la limite de la responsabilité, que le propriétaire ou les propriétaires encourent du chef de certains actes ou faits. Il s'agit évidemment de limites légales. C'est une belle question de droit comparé, mais les éléments comparatifs ont été réunis avec tant de soin dans les ouvrages scientifiques et les travaux préparatoires de congrès, particulièrement dans ceux du Comité maritime international, qu'il m'est permis de m'appuyer entièrement sur mes prédécesseurs. Je rappelle brièvement qu'une première opposition existe entre le droit anglais, avec sa responsabilité limitée à 8 ou 15 livres sterling par tonneau pour certains faits, énumérés dans le „Merchant Shipping Act" de 1894, revisé en 1900, (Sect. 502 sqq.), et le droit de la généralité des autres pays, qui ont une limite où le navire et le fret jouent un rôle. Une seconde opposition apparaît entre les lois du type français, qui consacrent le droit d'abandon, non sans divergences dans les détails, et celles du type allemand, où la loi elle-même limite la responsabilité, en précisant les chefs de responsabilité et les bases de la limitation. Pour celui qui regarde les choses de haut, il y a un droit commun. Dans notre pays, la loi a cru devoir donner un droit d'abandon quant aux obligations contractées par le gérant (art. 335 C. d. c.). Il faut ajouter que dans la pratique des affaires, l'usage s'est introduit de créer des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, qui ont pour but l'exploitation d'un seul navire, d'un seul remorqueur ou bateau fluvial, ce qui donne, lorsque les parts de

(1) De Valroger cite un arrêt de la Cour de cassation du 27 Février 1877. Dall. 77, 1, 213. Conf. Lyon-Caen et Renault op. cit., V, 297*bis*.

navire sont représentées par des actions libérées, une nuance nouvelle de responsabilité limitée.

D. **Application du droit.**

Il y a une différence radicale entre le régime intérieur d'une collectivité d'armement, et la responsabilité plus ou moins limitée du propriétaire à l'égard des tiers. Le régime intérieur est une matière à convention ; la loi donne quelques règles pour le cas de silence des parties, mais en somme les parties sont libres. La responsabilité est un point qui se rattache à la doctrine de la représentation, en tant qu'il s'agit de contrats, et à celle des actes illicites, en tant qu'il s'agit d'un fait qui a causé du dommage. La limitation de la responsabilité, enfin, se rattache toujours et directement à une loi.

Le régime intérieur, qu'il dépende d'une convention ou d'une communauté de fait, se présente dans la vie active de la même manière qu'une société simple. La profession, que la collectivité d'armement exerce, a son centre effectif au port d'attache, qui régulièrement se trouve dans le pays dont le navire porte le pavillon. Dans les relations internationales, on peut dire qu'en tous cas la réunion de ces deux circonstances fait pénétrer la relation juridique dans la vie active locale de ce pays, assez profondément pour que son droit soit appliqué au régime intérieur, non seulement par le juge de ce pays même, mais aussi par celui d'un Etat étranger, qui par extraordinaire se trouverait avoir juridiction. Cette application est ici, plus manifestement encore qu'ailleurs, d'accord avec l'ordre raisonnable de la vie active universelle ; il s'agit d'une institution qui se rattache à l'organisation de

la marine marchande nationale. En fait, la solution que je donne ne diffère guère de celle qui suit, par principe, la loi du pavillon. Régulièrement le port d'attache, centre professionnel de l'armement maritime, se trouvera dans le pays dont le navire porte le pavillon ; si cela n'était pas le cas, il y aurait dans les circonstances des éléments d'interprétation, dont le juge devrait tenir compte. La nationalité commune des propriétaires, qui souvent est une condition du droit de porter le pavillon de cette nationalité, sera certes un des plus puissants de ces éléments d'interprétation.

Quant à ce qui est de la responsabilité des propriétaires, on peut distinguer entre une responsabilité engagée par un contrat, conclu par le gérant ou le capitaine, et celle qui résulte pour un commettant d'un acte illicite de son préposé. Mais je ne crois pas devoir ici insister sur le premier point et je préfère remettre le second à plus tard, lorsque je traiterai des obligations qui résultent d'actes illicites imputables et dommageables. La question de la représentation est toujours la même, et il est même plus facile de la résoudre dans ce cas particulier qu'en général. Bien que la responsabilité d'un associé ou d'un commettant ne soit pas nécessairement régie par la loi applicable à la relation juridique, dont le pouvoir de représentation dérive, on peut dire qu'ici, lorsque cette dernière loi est celle du pavillon, cette même loi sera appliquée aussi normalement aux rapports entre les propriétaires et les tiers, parce que le pavillon est visible et que le tiers ne fera pas aisément admettre qu'un homme raisonnable et prudent n'ait pas eu à en tenir compte.

La limitation de la responsabilité appartient à un autre ordre d'idées que le principe de la responsabilité, c'est une création de la loi qui a eu en vue la marine marchande nationale, et

qui limite les poursuites exercées pour toutes les obligations d'un certain genre, quelle que soit la loi qui régisse la substance de ces obligations. Le juge d'un pays appliquera toujours en ce sens la loi du pavillon, s'il s'agit de la marine marchande de son propre pays, même si la responsabilité dérive d'un abordage en pleine mer ou dans les eaux intérieures d'un pays étranger. Mais on peut se demander s'il appliquera aux limites de responsabilité la loi du pavillon étranger que le navire porte.

Cette question doit être traitée conformément à sa nature. Cette nature est celle d'une limitation légale de la responsabilité du promoteur d'une entreprise déterminée ; la limite ne dérive ni du contrat d'association des propriétaires, ni du contrat de mandat ou de service conclu avec un gérant ou un capitaine, elle n'est pas du tout d'origine contractuelle. L'argument que la loi du pavillon régit en principe les contrats du droit maritime, est trop général en lui-même et inapplicable ici. C'est cependant à la loi du pavillon que j'aboutis, mais par un argument direct, tiré des exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle. Le principe de la limitation est de droit commun universel ; l'intérêt des communications a fait admettre partout que l'entreprise de l'exploitation d'un navire est une entreprise à responsabilité limitée, sans nécessité d'une publicité spéciale, parce que le navire se voit et que le montant approximatif du fret, qui peut être dû, se calcule aussi par inspection. De plus, l'esprit de toutes les lois est qu'il leur appartient tout au moins de régler ce point pour leur propre marine marchande, non pas comme une faveur, mais comme une mesure d'organisation d'une profession, qui a son centre d'activité dans le pays. C'est donc à chaque pays qu'il appartient de

prendre, en ce qui concerne sa propre marine marchande, ces mesures d'organisation, et comme elles sont toutes des applications d'un droit commun, il est du devoir des autres pays de les respecter.

En Angleterre, la loi en a décidé autrement. La section 503 de la loi de 1894 parle positivement de navires étrangers, et le juge anglais appliquera la lex fori, qui se déclare elle-même applicable. Dans les autres pays l'application de la loi du pavillon a souvent trouvé faveur (1).

Des tentatives sérieuses d'arriver à une entente internationale sur la base de l'application de la loi du pavillon ont été faites, notamment par le congrès de Bruxelles en 1888, et par l'Institut de droit international, la même année, dans la session de Lausanne. Cette application n'aurait rien de trop mécanique, mais on a été frappé des différences immenses, qui résultent, dans la pratique, de l'application du système anglais ou des systèmes continentaux, spécialement dans le cas où le navire est perdu. L'existence d'une assurance accentue encore les différences. On s'est demandé s'il n'y avait pas moyen d'arriver à une limitation uniforme. Dans les dernières années, le Comité maritime international a fait dans ce sens les efforts les plus considérables. Je me permets de renvoyer le lecteur à la littérature spéciale pour les détails. Au dernier congrès, tenu à Liverpool (2) en 1905, les membres du Comité ont confirmé une fois de plus un système de conciliation ou plutôt de combinaison, qui permet au propriétaire de choisir entre plusieurs systèmes. Je ne discute pas. Il faudra voir.

---

(1) Cour d'Aix, 23 Janvier 1899. Journal de *Clunet* 1901, p. 104. Cour de Rennes, 28 Janvier 1902, ibid. 1902 p. 136.

(2) International Maritime Committee, Liverpool Conference 14th to 17th June 1905.

4[ième] GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES. ASSURANCE.

1[ière] SECTION.

EXAMEN GÉNÉRAL.

§ 59. *Caractère économique et juridique de l'assurance.*

Considérée au point de vue de l'économie politique, l'assurance est certainement une forme d'association ou de coopération ; elle ne devient un facteur de la prospérité publique que lorsqu'elle repose sur les bases scientifiques du calcul des probabilités et de la statistique. Je vais plus loin et je suis d'avis que juridiquement aussi l'assurance appartient au groupe de l'association et que c'est le caractère d'association qui domine les dispositions légales. Mais pour ne pas m'écarter d'une façon trop décidée du système de classement des législations, qui me servent de lest dans mes travaux comparatifs, je me suis contenté de ranger l'assurance à la suite de l'association. Cela ne peut pas faire de mal. Au contraire.

Dans l'histoire de l'assurance, le caractère d'association, inhérent à l'institution, ne se montre qu'au travers d'un voile, mais il se montre néanmoins. En réalité l'institution a deux sources historiques, et pour chacune d'elles on peut dire que la source n'a pas coulé d'une façon ininterrompue et

avec une limpidité qui exclut les éléments étrangers. Pour ce qui est de l'assurance sur la vie, on peut la faire remonter aux antiques „collegia tenuiorum", aux confréries funéraires, et alors le caractère d'association apparaît clairement par la formation d'un fonds commun, alimenté par des cotisations basées sur un calcul empirique, de manière à rendre le fonds suffisant pour les éventualités que l'on prévoit. Mais entre ces compagnonnages naïfs et les compagnies modernes il y a des siècles, même des siècles pendant lesquels l'assurance sur la vie a été inconnue ou méprisée, et le contrat de rente viagère, à qui l'on doit les premières tentatives de formuler le problème scientifiquement, a troublé certainement la pureté du courant. L'assurance maritime, la forme la plus ancienne de l'assurance patrimoniale, a sa propre histoire. Cependant son caractère de fonds de prévoyance apparaît dans le contrat d'amirauté et dans les tentatives antiques de constituer une assurance obligatoire (1). La cause de trouble est ici le prêt à la grosse aventure, institution antique aussi, qui présente la figure renversée de l'assurance et en même temps la cession d'une mauvaise chance à prix d'argent.

Mais le voile le plus épais est le motif inexact, que l'on a donné dans la science pour justifier les dispositions légales sur l'assurance, particulièrement sur l'assurance maritime. Les législateurs eux-mêmes ont souvent ajouté foi à ce motif.

Le contrat d'assurance a précédé naturellement les ordonnances qui l'ont réglé. Il est né d'une intuition du principe économique de la division du travail et au début il a été

---

(1) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte* p. 40, p. 354 sqq. HUGO GROTIUS, *Inleiding tot de Holl. Rechtsgel.* III, 24. BIJNKERSHOEK, *Quaestiones juris privati* IV, 1.

libre. Le propriétaire de navires et le commerçant des temps anciens ont couru eux-mêmes les risques des éléments et ceux de la fureur des pirates et des ennemis. Ces derniers périls ont été un peu réduits par le contrat d'amirauté et par les dépenses faites en commun par une flotte marchande pour obtenir un convoi. D'ailleurs, dans l'état ancien de l'artillerie, les navires marchands, armés en guerre, avaient de quoi montrer les dents. Le premier assureur, qui a détaché de la navigation et du commerce maritime les risques, pour en faire l'objet d'une profession distincte, qui concentrait l'achat de la malechance d'autrui, a dû calculer empiriquement, en homme sensé, qu'en additionnant un grand nombre de primes relativement minimes, il obtenait un fonds, suffisant pour combler les pertes, payer les frais professionnels et laisser encore un bénéfice.

Mais les autorités ont vite compris que la multiplication des assurances faisait naître certains dangers pour la chose publique. Elles ont craint l'encouragement que l'assurance peut donner à l'imprudence. Elles se sont dit que les patrons de navires et les marins, se sachant couverts entièrement, ne seraient pas fort désireux de risquer leur vie pour se défendre contre les pirates, les corsaires et les croiseurs. Dans cet esprit, on trouve dans les ordonnances d'ancienne date des dispositions qui défendent de couvrir entièrement certains risques. Au temps où les gueux de mer mettaient en péril les navires marchands, pendant la guerre d'indépendance des Pays-Bas, le gouvernement espagnol est même allé un instant jusqu'à défendre l'assurance maritime. Il y a d'autres dangers encore. La disproportion entre la prime et le dédommagement a dû engendrer des fraudes, des assurances conclues par une personne ayant reçu secrètement l'avis que le sinistre avait

déjà eu lieu. Puis il y a les assurances conclues pour une somme exagérée, les doubles assurances, manœuvres qui pour réussir à coup sûr exigent qu'on favorise la mauvaise chance, en sacrifiant à la passion de l'or la vie des marins et des passagers.

Le désir des législateurs de prévenir ces abus se comprend parfaitement. On pourrait se demander pourquoi les législateurs n'ont pas compté sur l'intérêt de l'assureur. Jusqu'à un certain point cela tient à l'opinion que chaque législateur a eue des assureurs de son temps. Mais il y a autre chose que cette appréciation essentiellement variable. Un assureur sérieux ne sera pas disposé à assurer un objet matériel pour une somme dépassant notablement sa valeur, mais comme l'expérience le montre, il ne craindra pas d'accepter par avance une très large évaluation, et si la concurrence s'en mêle, cela ouvre la porte à des abus.

Quoi qu'il en soit, les législations ont mis plus ou moins l'assurance sous tutelle. Mais les tentatives de justifier les dispositions légales ont souvent conduit à une appréciation erronée du caractère de l'assurance. On a considéré le contrat d'assurance comme un pari, une opération contraire en principe à la morale, et que le législateur ne pouvait tolérer que dans des limites étroites. On sait que le code civil français et le code civil néerlandais, entre autres, nomment l'assurance, dans une série de contrats aléatoires (1), en compagnie du jeu et du pari.

Le motif me paraît tout à fait faux. L'assurance n'a rien d'un pari. C'est à peine si elle renferme une spéculation sur

---

(1) DIENA, op. cit., II, n°. 183. VIVANTE, op. cit., IV, n°. 1858 maintient le caractère aléatoire du contrat isolé.

la chance, elle repose sur un calcul de probabilités, basé sur la statistique, qui ne laisse au hasard qu'une influence négligeable. L'assurance sur la vie humaine, grâce à des calculs contrôlés par l'expérience, est devenue une institution scientifique ; si c'était un pari, ce serait un pari où les deux parties, l'assureur et la collectivité des assurés, joueraient à coup sûr et gagneraient leur pari tous deux. Je parle de la collectivité des assurés et non d'un seul assuré pour indiquer que c'est bien l'association qui donne à l'assurance son caractère. Si réellement les dispositions légales étaient basées sur l'idée que l'assurance est un pari, il y aurait lieu de lever toutes les entraves.

Mais ces entraves s'expliquent lorsque l'on part de l'idée de l'association. L'assurance devient alors une institution de prévoyance, dont la prospérité n'est possible que par l'association, et dont l'organisation n'intéresse pas seulement l'assureur et l'assuré qui font un contrat, mais les autres assurés, qui doivent pouvoir compter sur le fonds de prévoyance, et même ceux qui pourraient dans la suite devenir assurés, ce qui revient à dire que l'idée d'association fait de l'assurance un matière d'intérêt général.

De cette manière, on n'explique pas seulement les entraves que la loi a imposées à l'assurance, mais on peut comprendre toute l'anatomie juridique de l'institution. On peut se rendre compte de ce qui est commun aux assurances patrimoniales et aux assurances personnelles, qui sont toutes deux sous la tutelle sociale, mais où cette tutelle se manifeste de façons différentes. On saisit encore combien il y a peu d'opposition entre les assurances mutuelles et les assurances par voie d'entreprise ; toutes deux administrent un fonds de prévoyance dont la prospérité forme un objet d'intérêt pour le législateur.

Enfin, on voit que l'assurance ne change pas de nature lorsque c'est une corporation de droit public qui prend la qualité d'assureur; elle administre toujours un fonds de prévoyance. J'ai insisté un peu parce que le caractère d'association domine aussi dans le droit international, qui nous montre des Etats divers, exerçant la tutelle sociale dans leur sphère, ou bien se constituant, dans leur sphère aussi, comme assureurs.

---

§ 60. *Le contrat d'assurance en général.*

Faut-il créer une rubrique pour le contrat d'assurance en général, de manière à examiner, en général aussi, le droit international qui le régira (1)? Je ne le crois pas. Scientifiquement, le contrat d'assurance en général existe, comme le contrat de travail et le contrat d'association, mais dans les droits positifs il ne s'est pas encore dégagé de la dualité des assurances patrimoniales et des assurances personnelles, et il vaut mieux, dans un travail pratique, partir de cette dualité, sauf à faire voir quels sont les caractères communs. Cependant, sans aller trop loin, je voudrais rendre compte de mes motifs d'agir ainsi.

Le code de commerce néerlandais de 1838 a essayé de formuler, sous une rubrique générale, les règles communes à toutes les assurances. Son article 248 le dit expressément. Mais lorsque l'on passe en revue les règles en question, on

---

(1) Conf. DIENA, op. cit., II, chap. VI passim.

voit qu'il est impossible de les appliquer toutes à l'assurance sur la vie. Il en est ainsi notamment des dispositions sur l'estimation de l'objet assuré par des experts (art. 275) et sur l'assurance cumulative (art. 277). Il faut en somme, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, filtrer la loi, avant de l'appliquer à l'assurance sur la vie, ce qui est une opération dangereuse. La loi belge de 1874 n'est pas à l'abri de la même critique, ainsi que la loi luxembourgeoise du 16 Mai 1891. Le code de commerce italien a mieux fait, mais la disposition de son article 417 se bifurque tout de suite, et ses dispositions générales, même si l'on y ajoute les articles 429 et 430, que l'article 452 déclare applicables à l'assurance sur la vie, ne sont pas nombreuses. Le projet allemand de 1903, que je considère comme un magnifique matériel de comparaison et que je me permets d'employer comme si c'était déjà une loi, ne donne pas de définition, mais son premier § se bifurque tout de même ; le projet donne assez bien l'idée de ce qu'une rubrique générale pourrait renfermer, bien que ses dispositions sur les pouvoirs des agents soient plutôt du domaine de la représentation que de celui de l'assurance. Dans le droit français, l'absence de dispositions générales rend nécessaire, pour certaines assurances non réglées par la loi, une application des principes généraux des obligations et des conventions, en tenant compte de l'analogie. Le droit qui en résulte, dans le silence de la loi, est trop sujet à discussion pour pouvoir servir de matériel de comparaison.

Quels sont, en réalité, les éléments juridiques, communs à toutes les assurances ? Les éléments que l'on peut ranger dans cette catégorie, et qui tiennent véritablement, par leur nature, au caractère général de l'assurance, ne sont pas nombreux. Ainsi, on peut bien dire que l'assurance est un

contrat consensuel, mais dès que l'on veut ajouter qu'il est synallagmatique, on ne s'entend plus, pas plus d'ailleurs que sur les conséquences de cette qualification. Les dispositions sur l'assurance pour le compte d'autrui, sur le paiement de la prime, sur la prescription, sur la faillite de l'assureur ou même de l'assuré, peuvent bien être déclarées communes à toutes les assurances par une loi, mais il n'y a pas de rapport nécessaire entre ces matières et le caractère commun de toutes les assurances. On peut en dire autant des dispositions sur la preuve. Ces dispositions s'appliquent souvent à toutes les assurances, cependant cela ne tient pas à la nature de l'assurance, mais aux règles que le législateur a cru devoir formuler pour la preuve littérale, la preuve testimoniale et, quelquefois même, l'impôt du timbre établi sur les documents. Les dispositions sur la preuve peuvent être comparées, et le droit international qui se rattache aux différences entre les lois est fort intéressant, mais il ne jette aucun jour sur le caractère général de l'assurance, et d'ailleurs je laisse à l'écart les questions de preuve, autant que possible, pour m'en tenir à la substance. Je rappellerai seulement que notre législateur néerlandais (code de comm. artt. 255—258) a limité la preuve testimoniale dans des termes, qui s'appliquent à toutes les assurances, système que les législateurs belge, italien et luxembourgeois ont suivi, non sans nuances dans les termes. Le droit allemand, qui a des principes fondamentaux tout autres en matiere de preuve, n'exige pas d'écrit. Le texte du code de commerce hongrois, au contraire, parle de l'écrit comme d'une condition nécessaire (§ 468). Entre les deux extrêmes se trouve le droit français qui a prescrit la forme écrite — tout au moins probationis causa — pour l'assurance maritime, et qui se tait sur l'assurance en

général. Ce silence ne conduit pas nécessairement à la libre application de tous les moyens de preuve, mais à des controverses sur l'admissibilité de la preuve testimoniale et sur le caractère commercial des assurances en général. En somme, toute cette matière de la preuve n'a rien de spécial à l'assurance. En tant que les législateurs, en prescrivant une forme pour le contrat d'assurance, ont voulu prévenir des abus particuliers à l'assurance, on peut dire qu'ils n'ont pas réussi ; et en tant qu'en imposant directement ou indirectement la forme écrite, ils ont voulu faire l'éducation du peuple et lui apprendre qu'il est prudent de se faire donner une police, on peut affirmer que ce résultat a été atteint. La capacité des parties ne présente pas de particularités saillantes, de nature à nous occuper (1).

Le caractère commercial de l'assurance en général ne doit pas nous arrêter non plus. Le code de commerce néerlandais, toute controverse à part, déclare actes de commerce „toutes les assurances" (art. 4, 10°) ; le code de commerce allemand ne range parmi les actes de commerce que le fait d'accepter un risque d'assurance contre une prime (§ 1 n°. 3). Est-ce que cela touche à la nature de l'assurance? L'assurance n'est pas absolument et par sa nature même une entreprise commerciale ; c'est un rameau détaché du commerce, qui, par l'effet de la division du travail, est devenu une profession distincte de celle du commerçant. Les dispositions qui font de l'assurance un acte de commerce unilatéral ou bilatéral sont arbitraires. Ce n'est qu'après coup, lorsque l'on a reconnu qu'une loi déterminée est applicable à un contrat déterminé d'assurance,

---

(1) Diena, op. cit., II, n°. 186.

qu'il y a eu lieu de voir si l'assurance est commerciale d'après cette loi. La question de savoir quelle loi régit le caractère commercial de l'assurance n'a pas d'autre signification. Diena, auteur estimable et plein de bon sens, pose la question en général, mais sa réponse est dans le sens particulier que j'indique (1).

Que nous reste-t-il comme éléments naturels de toutes les assurances? J'en vois trois, qui tous trois se rattachent au caractère de l'assurance, comme institution de prévoyance touchant à l'intérêt général, mais j'ajoute tout de suite que les lois ne sont pas identiques en ce qui concerne la mesure, dans laquelle elles ont reconnu ce caractère, et qu'elles diffèrent aussi dans la manière dont elles ont appliqué, aux deux grandes subdivisions de l'assurance, les principes qui dérivent de ce caractère. Ces trois éléments sont les effets de la réticence, ceux de la faute de l'assuré, et, en général, les limites que les lois, en matière d'assurance, ont imposées à l'autonomie des parties.

Les dispositions sur la réticence ont leur source dans l'assurance maritime. La plus ancienne règle est celle qui rend inopérante l'assurance contractée à une époque où l'assuré a eu ou même a dû avoir eu connaissance d'un sinistre, ce qui suppose naturellement qu'il a gardé le silence sur ce point. Une seconde règle, bien plus large, oblige l'assuré à faire une déclaration exacte des circonstances qui lui sont connues et qui sont de nature à influencer l'assureur. Les deux règles se compliquent lorsque l'assurance a été conclue par un tiers, au nom ou pour le compte de l'assuré. Notre législateur néerlandais a les deux règles, et les applique en principe à

(1) Op. cit., II, nº. 184.

toutes les assurances ; dans la pratique des assurances patrimoniales on a l'habitude, dans les bourses de notre pays, de renoncer jusqu'à un certain point à la deuxième règle, au moyen d'une clause, dont la signification est controversée à tel point qu'on se demande si elle signifie quelque chose. Le code français n'a établi de règles que pour l'assurance maritime. Pour les autres assurances, on peut songer à une extension des règles par analogie, ce qui est une chose délicate, ou bien on peut vouloir remonter aux principes du dol et l'erreur, ce qui n'est pas moins delicat, au moins pour l'erreur. Le législateur italien, comme je l'ai déjà dit, a généralisé au moyen d'un renvoi Ces différences suffiraient pour donner un intérêt pratique à la question de savoir quel droit ou quelle loi régira la réticence dans la vie active internationale. Cette question peut se poser pour l'assurance en général. Elle se rattache au caractère commun des assurances. On s'en aperçoit aisément lorsque l'on se demande pourquoi la loi a réglé spécialement la réticence, en matière d'assurance, et ne s'est pas contentée des principes généraux du dol et de l'erreur. On dit souvent que cela tient à ce que le contrat d'assurance est un contrat „uberrimae fidei'', ce qui n'explique rien ; c'est une traduction en latin de ce qu'il faut démontrer. En réalité l'assuré, qui a connaissance du sinistre ou qui se tait, même de bonne foi, sur une circonstance qu'il connaît et qui influerait sur l'assurance, nuit aux autres assurés, surtout lorsqu'il y a un rapport de causalité entre le sinistre et la circonstance qui n'a pas été déclarée. Mais si la matière se rattache ainsi à ce qui forme le caractère commun des assurances, les lois l'ont trop peu développée pour qu'on puisse dire que le droit applicable est nettement déterminé, dès que l'on a conclu à l'application d'une loi ; il

faudrait tout de même distinguer entre les assurances patrimoniales et les assurances sur la vie, parce que l'application du principe de la réticence se fait d'une manière spéciale pour ces dernières assurances, où régulièrement il y a un questionnaire et même un examen médical, et où la personne de l'assuré-contractant ne se confond pas toujours avec la personne sur la tête de laquelle l'assurance repose.

La même chose se présente lorsque l'événement, qui donne lieu à une prestation de l'assureur, se réalise par le dol ou la faute de l'assuré ou lorsque ce dernier, par sa volonté ou par son fait, a rendu plus mauvaises les conditions primitives. L'assuré, qui toucherait dans ces circonstances l'indemnité ou la somme stipulée, détruirait les bases du fonds commun et nuirait aux autres assurés. Mais il y a bien des divergences dans la manière dont ce principe a été posé et développé. Le code de commerce néerlandais a tenté de donner un principe commun à toutes les assurances (art. 276). Le code de commerce français (art. 352) n'a posé le principe que pour les assurances maritimes ; c'est une chose extrêmement délicate que d'étendre la règle par analogie ou de faire intervenir l'article 1382 du code civil. Puis, il faut tout de même distinguer entre les assurances patrimoniales et les assurances sur la vie ; pour ces dernières, l'expression „faute ou fait de l'assuré" n'est pas précise, par suite de la multiplicité des personnes qui peuvent avoir intérêt au résultat obtenu par le dol ou la faute.

Enfin les limites que les lois imposent à l'autonomie des parties se rattachent très certainement aussi à des intérêts généraux, dont les législateurs se font les organes. Mais il faut encore distinguer tout de suite entre les assurances patrimoniales, où les lois imposent avec fermeté le principe

d'indemnité, et les assurances personnelles, où elles ont plutôt en vue la formation, la gestion et le placement du fonds commun. Dans les temps modernes, l'idée fondamentale de la sauvegarde des intérêts sociaux se manifeste encore d'une autre manière. De plus en plus, les institutions d'assurance sont devenues des compagnies puissantes, et l'on commence à vouloir protéger le public contre leur tyrannie économique, réelle ou supposée. Le projet allemand de 1903 abonde dans cet ordre d'idées, mais, comme il appert de son § 177, il distingue entre les diverses assurances et s'efforce de ne pas entraver la liberté dans une mesure exagérée. C'est là plutôt le droit de demain que celui d'aujourd'hui, mais encore faut-il tenir compte de l'évolution qui se prépare. Le droit des assurances sur la vie, droit relativement jeune, lié à des calculs compliqués que la masse du public ne peut ni faire ni contrôler, est plus exposé au nouveau vent, qui souffle, que celui des assurances patrimoniales, plus profondément enraciné et moins scientifique.

Dans ces circonstances, je me borne à constater qu'il y a des principes généraux de l'assurance, que la science commence à dégager, mais je renonce à créer, dans mon travail, une rubrique vouée à l'assurance en général, rubrique qui me forcerait à chercher en général le droit qui régit l'assurance. J'aime mieux me bifurquer franchement, quitte à me répéter.

---

§ 61. *Division de la matière.*

Au lieu de chercher le droit applicable au contrat d'assurance en général, je partirai de la distinction entre les assu-

rances patrimoniales et les assurances personnelles. Les premières peuvent être considérées en général ; les principes communs à toutes les formes particulières sont suffisamment nets. De cette manière il ne sera pas nécessaire de traiter spécialement toutes les formes particulières, et il suffira d'ajouter au paragraphe général quelques données sur les espèces les plus importantes, l'assurance maritime, l'assurance contre l'incendie et quelques autres, importantes aussi dans leur genre. Quant aux assurances personnelles, l'assurance sur la vie domine tellement, qu'il vaut mieux la mettre sur le premier plan et se contenter de quelques données pour les autres espèces.

Après avoir parlé du contrat d'assurance, il sera nécessaire de parler des institutions d'assurance. Le droit qui les régit est dominé également par la considération que l'assurance est une matière d'intérêt général. Ce que j'en dirai complétera ce que j'ai dit des associations et de leurs formes, dans le groupe précédent. Je diviserai les institutions d'assurance en institutions particulières et en institutions publiques. Je reconnais volontiers que les formes de ces dernières appartiennent au droit public, et que les assurances qu'elles concluent pénètrent dans le droit public, mais je ne saurais admettre qu'elles perdent entièrement leur caractère d'assurance. Au reste, les institutions publiques en question se localisent aisément, mais la vie active universelle produit des complications malgré cette localisation ; comme toujours elle déborde les frontières des Etats.

2ième SECTION.

ASSURANCES PATRIMONIALES.

§ 62. *Les assurances patrimoniales en général.*

A. **Points saillants de comparaison.**

a. *comparaison générale.*

Bien que dans la vie pratique un contrat d'assurance patrimoniale *en général* ne se présente jamais, il y a lieu d'examiner le droit applicable à ce contrat. Il y a véritablement des principes communs à toutes les assurances patrimoniales, et le nombre des assurances spéciales que l'on peut conclure est trop grand pour qu'on essaie de les traiter toutes. Il faudrait d'ailleurs toujours se répéter. Le contrat d'assurance patrimoniale en général est aussi une bonne entrée en matière; seuls les détails de l'application des principes varieront ensuite selon les objets soumis aux risques et la nature des risques. Plusieurs législations ont d'ailleurs suivi cette méthode. Le code de commerce italien, notamment, après avoir donné une rubrique aux assurances en général, en présente une seconde pour les assurances entre les dommages, en général. Le projet allemand de 1903 fait de même.

J'ai déjà eu l'occasion de parler de la preuve, ainsi que des

principes de la réticence et de la faute. C'est déjà un point de différence notable que le fait que le code de commerce français n'a posé de principes que pour l'assurance maritime, alors que d'autres lois, suivant l'exemple du code de commerce néerlandais, les ont formulés en général.

Il y a encore bien d'autres points de différence entre les législations qui sont plus ou moins explicites. Je citerai, entre autres, *l'étendue des risques,* notamment la portée générale du vice propre (art. 249 c. d. c. néerlandais); *l'aggravation des risques pendant le cours du contrat* du fait de l'assuré, (loi belge de 1874, art. 31); la *prime,* qui peut être, comme on dit, quérable (code civil italien art. 1249) ou portable (code civil allemand § 270) (1); *la ristourne, l'aliénation de la chose assurée, les devoirs de l'assuré* avant, pendant et après le sinistre, *la prescription, la faillite de l'assureur*, etc. Tous ces points sont assez saillants, mais je ne les retiendrai pas. Je m'occuperai seulement du principe d'indemnité et du principe de subrogation.

b. *principe d'indemnité.*

Les assurances patrimoniales sont des contrats d'indemnité; l'assuré ne doit pas faire un bénéfice. Ceux qui n'attribuent à ce caractère qu'une valeur historique, attachée à l'idée erronée que l'assurance est un pari toléré, peuvent songer à faire disparaître les dispositions légales sur l'indemnité. L'intérêt bien compris de l'assureur serait alors le seul frein. Pour moi, qui vois dans le principe d'indemnité une conséquence du fait que des intérêts généraux de la société

(1) Diena, op. cit., II, nº. 189, p. 475, note 1. Conf.: projet de 1903 §§ 29—30.

sont engagés dans l'assurance, il ne saurait question de donner aux parties une entière liberté.

Le caractère d'indemnité a pour conséquences logiques la prohibition de l'assurance sans intérêt, c'est à dire sans possibilité de dommage patrimonial, et la réduction de l'assurance exagérée. Il entraîne aussi des mesures destinées à empêcher que l'assurance cumulative ne dépasse la limite de l'indemnité. Le principe de la subrogation, de même que celui de la ristourne, a une autre base.

L'application de la doctrine de l'intérêt assurable est grosse de complications. Théoriquement, l'indemnité peut être conçue comme le rétablissement de l'assuré dans la position où il serait s'il n'avait pas couru le risque, ou comme son rétablissement dans celle où il serait si le résultat, que le sinistre a empêché, avait été atteint. Selon les appréciations, on peut être amené à admettre ou à exclure l'assurance du fret à faire, du bénéfice espéré, de la prime, etc. Mais pratiquement la concurrence internationale rapproche les législations les unes des autres. Puis, il y a encore un monde de questions spéciales. Il est difficile de démêler les intérêts enchevêtrés du propriétaire, du locataire et du dépositaire, du commettant et du commissionnaire, du débiteur qui a constitué une garantie réelle et du créancier garanti, etc. etc. Mais les législations qui sont muettes sur ces points donnent plutôt lieu à des controverses qu'à des règles nettement arrêtées, et susceptibles de servir de matériel de comparaison.

Le principe d'indemnité comporte un examen de l'influence qu'il faut donner à une évaluation des parties, évaluation qui peut être exagérée de commun accord. Aussi la loi

néerlandaise (1) impose-t-elle en principe à l'assuré une justification de la valeur, dès qu'il y a présomption d'exagération, alors que la loi allemande permet seulement à l'assureur de faire la preuve d'une exagération notable (2), et que le droit anglais considère l'évaluation des parties comme inattaquable en principe (3). Ce sont des nuances, mais le choix à faire entre les lois décidera souvent du résultat d'un procès. Le principe d'indemnité admet ces nuances, mais il n'est pas conciliable avec une liberté absolue des parties de conclure l'assurance sans intérêt, de manière à valider le contrat quand même il serait prouvé que l'assuré n'a aucun intérêt.

Quant aux mesures qui ont pour but d'empêcher qu'une assurance cumulative ne dépasse la limite de l'indemnité, elles varient aussi. La différence est même frappante lorsqu'il y a plusieurs polices, de date différente, conclues sans fraude pour le même objet, et que leur total dépasse sa valeur. Le code de commerce néerlandais (art. 277 sqq.), conforme sous ce rapport au droit en vigueur avant la domination française, ne maintient que les assurances les plus anciennes, jusqu'à concurrence de la valeur de l'objet. Ce système, dit de l'ordre des dates, est aussi suivi dans le code français, la loi belge, les codes maritimes scandinaves et d'autres encore, naturellement en tant que les codes en question s'occupent de l'assurance. Le droit anglais, au contraire, maintient tous les contrats, ce qui permet à l'assuré d'actionner chaque assureur comme si ce dernier était seul, jusqu'à ce que l'indemnité

(1) C. d. c. artt. 273 sqq. Les polices ont souvent des clauses particulières.
(2) § 793 C. d. C.
(3) Arnould, (Maclachlan) *On the law of marine insurance* I, Chap. VI. Addison, op. cit., p. 675.

ait été obtenue intégralement ; entre les assureurs l'indemnité se partage proportionnellement (1). Addison applique à l'assurance contre l'incendie cette règle, qui doit son origine à l'assurance maritime (2). Le droit allemand actuel a admis pour l'assurance maritime le système de l'ordre des dates (§ 788), mais le projet de 1903 se rallie au système anglais, et renferme une disposition destinée à mettre le code de commerce d'accord avec ce système.

c. *subrogation.*

Lorsque l'assuré, du chef d'un accident ou par suite d'une relation particulière, se trouve avoir deux actions, par exemple une action contre l'assureur et une autre contre un tiers, à qui un dommage est imputable, il résulte bien du principe d'indemnité que l'assuré ne sera pas indemnisé deux fois, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que l'assureur, qui a payé, se trouve subrogé aux droits de l'assuré. Un assez grand nombre de lois ont réglé cette subrogation, non sans nuances. Dans le droit français, la subrogation est admise en vertu de la tradition plutôt que d'un texte ; les dispositions du code civil (art. 1251 3°) forment une base assez faible (3). Lyon-Caen et Renault accordent aussi à l'assureur une action directe en vertu de l'art. 1382 du code civil. Le code de commerce néerlandais, dans son article 284, a donné à la subrogation une base légale; cependant il ne parle que des

---

(1) Arnould, op. cit., p. 329. Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI n°. 1114 sqq. Conf. questions et solutions pratiques, dans le Journal de *Clunet*, 1899, p. 295.

(2) Op. cit., p. 736.

(3) Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, n°. 1311. G. D. Weil, *Des ass. maritimes* n°. 343.

droits que l'assuré peut exercer contre des tiers *du chef du sinistre,* ce qui est bien limité. La loi belge de 1874, dans son art. 22, admet la subrogation pour certaines créances, et donne à l'assuré, à l'égard de l'assureur, le droit de préférence visé dans l'art. 1252 du code civil. Le code de commerce italien ne parle, dans son article 438, que des droits que l'assuré peut exercer du chef du dommage (per causa del danno) et sans donner un droit de préférence; mais son art. 440 parle de créances. Le code de commerce allemand a consacré, dans son § 804, un droit de subrogation du chef de responsabilités incombant à des tiers, et, dans le § suivant, une cession obligatoire de créances. Le projet de 1903 a une disposition générale sur la subrogation en matière d'assurances patrimoniales; cette disposition (§ 61) contient la réserve que la subrogation ne peut avoir lieu au détriment de l'assuré (1). Le même § du projet n'admet pas de subrogation dans le cas où il s'agit de droits à faire valoir contre des membres de la famille, commensaux de l'assuré. Pour ce qui est du droit anglais, je ne voudrais pas tirer de l'expression „*subrogation*" que plusieurs auteurs emploient, la conclusion qu'une subrogation légale y est admise. Les décisions citées par ADDISON (2), en matière d'assurance maritime, et dont ARNOULD parle aussi, sont considérées par CHALMERS comme privées de leur autorité (overruled). CHALMERS, dans le § 80 de son „Digest" (3) admet dans une large mesure la „subro-

(1) L'exposé des motifs cite les §§ 268, 426 et 774 du code civil, qui contiennent une réserve du même genre.

(2) Op. cit., pp. 727 et 738. Les décisions en question sont: *Randal v. Cockran* 1 Ves. Sen. 98 et *Dickenson v. Jardine* L. R. 3 C. P. 639. Conf. ARNOULD, *Marine Insurance*, p. 876. WESTLAKE, op. cit., § 221.

(3) CHALMERS et OWEN, *A Digest of the law relating to Marine Insurance, London 1901.*

gation", mais quelques-uns de ses exemples supposent que l'assuré a cédé ses droits à l'assureur.

B. **Application du droit.**

a. *substance du contrat d'assurance.*

Les poteaux indicateurs ne manquent pas sur la route qui doit conduire à la solution de la question classique: „quelle est la loi qui régit la substance du contrat d'assurance?" Indépendamment des systèmes généraux, il y a des systèmes défendus par des spécialistes ou du moins par des auteurs qui sont entrés dans les détails. De bons auteurs italiens, Bonolis et Diena (1) affectionnent, comme règle suprême, placée au dessus de l'autonomie, la lex loci contractus. Le traité de Montevideo (2) soumet les assurances terrestres et de transport par les rivières à la loi de la situation de l'objet de l'assurance (art. 8) et les assurances maritimes (et sur la vie) aux lois du pays où se trouvent le domicile de la société d'assurance ou ses succursales (art. 9. j°. 6). Le congrès international d'Anvers (3) voudrait suivre la loi, les conditions et les usages du pays auquel les parties ont emprunté la police. Meili (4) s'attache, comme von Bar qui applique son système général (5), à la loi du siège central de l'entreprise, mais il admet que l'on peut déduire une soumission volontaire à une loi du fait d'avoir employé une langue déterminée pour formuler la convention. Un auteur allemand récent a proposé

(1) Bonolis, *Les assurances sur la vie en droit intern. privé* (traduction Valéry et Lefort) Paris 1902 § 1er. Diena, op. cit. passim.

(2) Journal de *Clunet*, 1897, p. 896.

(3) Actes I, 129. Von Bar, op. cit., II, n°. 335.

(4) II, § 179, I.

(5) II, n°. 298.

d'insérer dans le projet de loi de 1903 une disposition portant que tout contrat d'assurance, conclu en Allemagne avec une institution admise à l'exercice de la profession d'assureur, sera jugé conformément au droit allemand, et que toute convention contraire sera nulle (1). Tous ces poteaux ne rendent pas la route plus praticable. Cependant ils ont leur utilité, si l'on part de l'idée que les auteurs ont trop de bon sens pour adopter une solution, qui dans aucun cas ne donnerait un résultat raisonnable, mais qu'ils peuvent être sujets à généraliser un peu trop le principe de cette solution.

Pour moi, je vais suivre, sans rejeter les travaux des autres, mais sans me laisser entraîner, la méthode qui me paraît raisonnable. Je commence par m'en tenir à la substance du contrat, pour expliquer après que les relations entre plusieurs assureurs et la subrogation légale n'appartiennent pas à cette substance.

L'assurance patrimoniale se présentera sous la face locale-nationale lorsque tous les éléments, qui déterminent le but social de l'assurance, seront attachés au pays où le juge siège. Elle appartient alors au droit local. Cela sera le cas lorsque le centre administratif de l'entreprise d'assurance (le fonds commun), le domicile de l'assuré (membre de l'association des intéressés), et l'objet matériel sujet au risque (la matérialité qui rend légitime l'adhésion du membre) seront attachés au territoire du pays du juge. La nationalité des personnes et le lieu du contrat ne déterminent pas sous cette face le but social de la relation juridique ; la circonstance que le contrat a été conclu par correspondance, pendant un

(1) G. Wörner, *Kollisionsnormen zum Versicherungsvertrag*. Zeitschrift *Niemeyer* XIII (1903) p. 366.

voyage de l'assuré qui a fait ou accepté une offre, est indifférente. Lorsque ces trois éléments seront attachés à son territoire, le juge appliquera à la substance du contrat son propre droit national. L'autonomie des parties aura la libre disposition de tout le domaine que la loi locale lui attribue; la langue employée pour la police et toutes les autres circonstances auront l'influence qui leur appartient, comme moyens d'interprétation.

Si les trois éléments en question sont attachés à un pays étranger déterminé, la relation juridique sera locale-étrangère, et le juge appliquera la loi étrangère, la loi du cercle de vie active auquel la relation appartient. L'ordre raisonnable de la vie active universelle exige l'application de cette loi, sauf à donner aux parties l'autonomie que cette loi leur permet. Sous cette face, le juge n'a aucune raison légitime de critiquer la loi étrangère, au moyen de ce que la loi du pays où il siège a déterminé dans l'intérêt de la société locale ; il n'imposera pas aux parties les dispositions d'ordre public local de son pays. Il pourrait en être autrement si l'ordre public universel était en jeu, mais je ne vois guère de dispositions de ce genre dans les lois.

Dans la vie active universelle, le contrat d'assurance se présentera souvent sous la face internationale. Il n'est pas besoin de chercher dans son imagination des cas compliqués. Par le désir d'étendre leurs opérations, plutôt que par celui d'obéir à la loi des grands nombres, les institutions d'assurance cherchent à faire des opérations à l'étranger. Elles ont des établissements, des représentants ou des agents de tous les côtés. Le contrat se conclut alors par l'entremise de ces établissements, par des fondés de pouvoirs ou des agents ou par correspondance; il peut se former entre une entreprise, qui a

son centre dans un pays, et une personne domiciliée dans un autre pays; à la rigueur même, l'objet matériel, exposé aux risques, peut se trouver dans un troisième pays ou y être transporté. La question de savoir quel droit régit l'assurance peut être posée dans chacun de ces trois pays, tout au moins.

Il s'agit alors, si l'on examine la chose sans système et sans idée préconçue, de déterminer si l'assurance pénètre assez profondément, par un élément prépondérant, dans la vie active locale d'un pays, pour que l'ordre raisonnable de la société universelle exige l'application du droit de ce pays. En général, l'élément prépondérant me paraît être le siège central de l'entreprise d'assurance. C'est là que se trouve le fonds commun. Cela est conforme au caractère de l'assurance, qui est en somme une association dont chaque assuré devient membre. L'assuré pénètre, par son accession, dans la vie active du pays où se trouve le siège central de l'entreprise. Mais il se peut, par la manière dont l'assurance a été conclue ou par l'objet du risque, qu'il en soit autrement, et que ce soit l'entreprise d'assurance au contraire qui pénètre dans la vie active locale d'un pays où elle n'a pas son siège central. Dans ce cas, la règle générale sera modifiée et ce sera le droit local de ce dernier pays qui sera appliqué. Ce cas se présentera lorsque l'entreprise a un établissement dans un pays autre que celui de son siège central, quand ce ne serait que pour servir d'intermédiaire, et que c'est par cet établissement ou par son entremise que l'assurance a été conclue, soit *à la bourse*, le marché local, soit *avec une personne domiciliée dans le pays* ou *pour un objet en risque attaché au territoire*. Comme toujours d'ailleurs, il faut réserver l'autonomie des parties, dans les limites tracées par la loi qui régit le contrat. Je me propose de développer ces idées en traitant des principales assurances;

je pourrai alors tenir compte aussi des dispositions d'ordre public local qui peuvent s'imposer aux juges d'un pays, même lorsque la relation juridique est internationale.

b. *assureurs successifs.*

Quant aux rapports entre les assureurs, on voit qu'ils appartiennent à un autre ordre d'idées. Entre deux pays, dont l'un admet le système de l'ordre des dates et dont l'autre lie tous les assureurs (1), il y a plutôt une antinomie qu'un conflit. Entre assureur et assuré, la loi qui régit l'assurance sera applicable, mais le caractère juridique de la relation entre les assureurs n'a rien d'un contrat, c'est un enchevêtrement d'intérêts, analogue à celui qui se présente entre les créanciers d'une même faillite, sauf qu'il y a ici un concursus „debitorum" et non „creditorum". La loi qui régit le contrat d'assurance n'a rien à voir dans le débat. La question est délicate, mais si l'on veut la résoudre, il faut prendre une autre voie que la recherche de la loi qui régit l'assurance, et si l'on n'aboutit pas à un résultat, il est préférable de l'avouer que de le cacher en se cramponnant à une loi.

Si les assureurs ont tous leur centre professionnel dans le même pays, leur relation peut être localisée et soumise au droit de ce pays. Dans les considérations, intéressantes comme toujours, que Lyon-Caen et Renault (2) ont vouées à notre question, cette idée domine sans être exprimée. Ces auteurs parlent d'un assureur „anglais" et d'un assureur „français";

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, 1122. von Bar, II, 267.
(2) Op. cit., VI, nos. 1114—1123.

évidemment ce n'est pas la nationalité qu'ils ont en vue mais le centre professionnel.

Je suis disposé à assimuler à ce cas celui où toutes les polices ont été conclues à la même bourse. La loi du marché est alors la loi de tous ceux qui y exercent leur profession.

Mais si les assureurs ont leur centre professionnel dans des pays différents et n'ont pas contracté à la même bourse, il faut avouer qu'il n'y a pas de loi applicable universellement à la relation juridique, qui se produit entre eux. On peut bien dire que le droit commun universel ne permet pas que l'assuré obtienne, par une assurance multiple, une somme qui dépasse le dommage qu'il a souffert, mais précisément sur le moyen d'arriver à ce résultat il y a antinomie. Il faudrait qu'on pût déclarer soumis à une loi, qui leur est commune, les divers assureurs. Or cette loi fait défaut. Ainsi certainement, pour suivre la terminologie indiquée plus haut, l'assureur „anglais" n'aura pas recours contre un assureur „français" postérieur. Dans le cas opposé, celui où un assureur „français" se trouverait dans le cas d'avoir un recours éventuel contre un assureur „anglais" postérieur, il n'y aura pas de recours non plus, non pas pour le motif invoqué par von Bar (1), que la volonté de l'assureur français n'a pas porté sur un recours, ou pour celui de Story, cité par von Bar, que la réciprocité fait défaut, mais parce qu'il n'y a pas de loi, universellement applicable à la relation entre les assureurs, qui établisse ce recours. Il faudrait une entente internationale pour aboutir à ce résultat.

(1) Op. cit., II, p. 66 (nº. 267).

c. *subrogation légale.*

Je ne m'occupe que de la subrogation légale.

La subrogation conventionnelle — qu'elle soit une véritable subrogation ou qu'elle ne le soit pas, — la cession de créance ou la promesse de cession, constituent des conventions, qui en tant qu'elles sont accessoires au contrat d'assurance, suivront, en tant qu'il s'agit des relations entre l'assuré et l'assureur, le droit du contrat d'assurance. Quant aux rapports entre l'assureur et les tiers, dont la dette a été cédée, le droit applicable dépend des principes de la cession.

Je n'ai pas à m'occuper non plus des droits que l'assureur peut avoir directement contre le tiers, auteur d'un dommage qui retombe sur l'assureur. L'action de l'assureur n'est pas du tout basée sur une obligation dérivant du contrat d'assurance, mais sur le dommage indirect causé par un fait illicite. L'assureur n'invoquera le contrat d'assurance, qu'en tant que ce contrat établit que c'est lui qui a assuré la chose détruite ou endommagée par l'acte illicite, et il n'invoquera éventuellement le fait du paiement de l'indemnité que comme élément constitutif du dommage.

La subrogation légale suppose que l'assuré a, outre l'action contre l'assureur, une action contre un tiers. Cette dernière peut résulter d'un acte illicite ou d'un contrat ; la particularité attachée à la subrogation légale est que l'assureur, qui a payé l'assuré, devient, à la place de l'assuré, créancier du tiers. Je crois pouvoir dire que cette opération n'est pas une conséquence de ce qui a été convenu entre les parties du contrat d'assurance, mais qu'elle dérive de la loi. L'action contre le tiers a un tout autre fondement que l'assurance. Si l'on veut chercher une loi applicable à la subrogation légale,

il faut se demander quelle loi peut, dans la relation juridique qui existe entre l'assuré et le tiers, remplacer le créancier par un autre ; la question étant posée ainsi, il faut bien que ce soit la loi à laquelle le rapport entre l'assuré et le tiers est soumis. Je ne voudrais pas distinguer entre les effets de la subrogation en ce qui concerne les rapports entre l'assureur et l'assuré, et ses effets à l'égard du tiers, comme le fait DIENA (1), qui d'ailleurs aboutit pratiquement au même résultat que moi. Le subrogation légale a toujours effet à l'égard du tiers. La seule concession que je voudrais faire est que le devoir de l'assuré, de ne pas entraver l'exercice des droits que l'assureur peut faire valoir à l'égard des tiers, dépend du contrat d'assurance et sera soumis au même droit que ce contrat, de même que le devoir de l'assuré de céder éventuellement certaines actions.

---

§ 63. *L'assurance maritime.*

A. Examen général.

L'assurance maritime a été un objet de codification dans plusieurs pays qui n'ont pas cru devoir régler l'assurance patrimoniale en général, ni même les assurances autres que l'assurance maritime. Naturellement ces législations ont dû faire, à propos de l'assurance maritime, un code complet de l'assurance. Pour moi, qui me suis occupé déjà de l'assurance patrimoniale en général, et même, sans m'y arrêter, de l'as-

(1) Op. cit., II no. 197 p. 517.

surance en général, je n'ai pas besoin de suivre les législations qui ont développé dans tous les sens l'assurance maritime. Je n'ai plus à parler de la preuve, de la réticence, de la faute, ni même du principe d'indemnité et de ses conséquences ou de la subrogation. J'en ai dit assez pour m'obliger à demeurer dans le domaine de la pratique en examinant le droit qui régira l'assurance maritime dans la vie active internationale. Les différences de détail dans les lois se feront sentir après que l'on aura reconnu qu'une loi est applicable. Cela peut être très embarrassant pour le juge, qui a une loi étrangère ou un droit étranger à appliquer, surtout s'il s'agit d'un droit comme le droit anglais ou américain, mais c'est une des nécessités de la vie active universelle. Si en Angleterre on arrive à codifier les principes généraux de l'assurance maritime, la difficulté sera diminuée, sans cesser d'exister.

Après avoir élagué tout ce que je viens d'énumérer, il reste encore un grand nombre de points de comparaison en matière d'assurance maritime. Mais il y a deux raisons de ne pas entrer trop profondément dans les détails de cette matière.

D'abord la comparaison a été faite. Dans les manuels, les auteurs ne manquent jamais de comparer tout au moins le droit anglais au droit des pays continentaux européens. L'Institut de droit international, dans sa session de Bruxelles (1885) (1), a résumé magistralement les points de différence dans un projet de codification uniforme. L'association de droit international, dans sa séance de Glasgow (1901) a été plus loin même. Elle a élaboré un projet de code international. Foote le reproduit avec une traduction française du docteur

---

(1) Annuaire, VIII, p. 123 et suiv.

GOVARE (1). En refaisant le travail fait par d'autres, je ferais une chose inutile.

Mais il y a une autre raison plus grave encore. Bien que l'assurance maritime touche à des intérêts spéciaux très puissants, les parties sont, économiquement parlant, de même force, et les législateurs ont cru que le libre débat des intérêts spéciaux donnerait une solution raisonnable et conforme aux intérêts généraux. Les intéressés ont usé largement de cette faculté. Non seulement des clauses ont été insérées dans les polices, mais les polices ont pris une forme fixe, d'après les usages de certaines places ou de certaines régions. Elles sont devenues de véritables petits codes. Il y a plus. Dans certaines places, les métropoles commerciales hollandaises et allemandes notamment, des conditions générales, auxquelles les parties renvoient expressément ou tacitement, ont été rédigées. Dans ces circonstances, les codes ont pu rester à peu près immobiles, particulièrement en France et dans notre pays, ce qui n'a empêché l'assurance maritime de tenir compte jusqu'à un certain point des progrès modernes. En Allemagne, la loi a été fortement influencée par les conditions générales hambourgeoises. La loi allemande est très détaillée, alors que les lois uniformes récentes des pays scandinaves ont adopté une réglementation assez simple, qui laisse une grande latitude aux „plans" et aux conditions générales des places commerçantes. Pour l'Angleterre, CHALMERS nous dit que dans le droit anglais les principes généraux de l'assurance maritime sont bien établis, mais que les hommes pratiques sont fortement attachés à la vénérable police de Lloyd (2) avec son

(1) FOOTE, op. cit., Chap. VIII. Appendix p. 474 sqq.
(2) Op. cit., § 1.

„memorandum" ou postscriptum, qui a donné lieu à plus de procès qu'il ne renferme de mots, et qu'ils craignent toute innovation, qui susciterait probablement une nouvelle série de procès. Or, si un travail comparatif sur les polices et les conditions générales est fort intéressant, il a peu d'utilité pour notre travail, parce que la question de savoir si une police est applicable est toujours une question de fait.

Je me contenterai donc d'une esquisse comparative.

B. **Esquisse comparative.**

a. *choses dont l'assurance est interdite.*

Au temps où le code de commerce français interdisait l'assurance du fret à faire et du bénéfice espéré, on pouvait poser la question de savoir, non pas précisément si des Français pouvaient conclure des assurances de ce genre à l'étranger, mais si le juge français pouvait faire droit sur un contrat de ce genre, conclu dans un pays étranger où il était licite. Cette question a perdu son importance pratique, pour la France, depuis la loi du 12 Août 1885. Cette même loi a permis d'assurer les loyers des marins, chose interdite, entre autres, dans les Pays-Bas et en Allemagne. Il y a donc encore tout au moins, sous ce dernier rapport, une différence qui peut avoir de l'importance, bien que cette importance ne soit pas de beaucoup aussi grande que celle qui se rattachait, en France, aux assurances du fret et du profit, auxquelles le commerce tenait énormément, à tel point qu'on les concluait par des moyens détournés lorsque la loi les défendait. La défense d'assurer les biens dont la loi interdit le commerce, les biens des ennemis ou la

contrebande fiscale ou militaire, peuvent aussi donner lieu à des difficultés.

b. *baraterie de patron.*

En apparence tout au moins il y a une grosse difficulté. L'expression „baraterie", en France, comprend, d'après la tradition, la faute, alors qu'en Angleterre elle suppose une prévarication intentionnelle. Dans la loi néerlandaise, le mot un peu baroque de baraterie a été évité ; la loi emploie une expression qui, traduite en français, correspondrait au mot de „coquinerie", ce qui suppose aussi une intention positive. Mais l'importance pratique de la question est minime ; les polices règlent souvent d'une façon très large la responsabilité de l'assureur du chef de la baraterie.

c. *dépenses faites par l'assuré.*

Notre loi néerlandaise oblige l'assuré à prendre des mesures dans le but de réduire le dommage causé par un sinistre ; elle met les frais de ces mesures à la charge de l'assureur, quand même elles seraient restées sans résultat. Les assureurs ont l'habitude de stipuler que dans aucun cas ils ne payeront plus que la somme souscrite par eux. La loi anglaise oblige aussi l'assuré à faire tout ce qui est possible pour que les effets d'un désastre soient restreints ; elle ne met les frais à la charge de l'assureur que s'il y a une clause en ce sens, mais cette clause se trouve dans la police de Lloyd. La différence, saillante dans les lois, a perdu ce caractère dans la pratique.

d. *dommages graves légalement assimilés à une perte totale.*

Le principe est de droit commun. Il y a logiquement un moment où le dommage partiel devient tellement important

que le navire endommagé forme une épave. Mais encore faut-il établir qu'il en est ainsi, et cela donne lieu à des débats très vifs ; les assurés ont grand intérêt à ce que la carcasse du navire soit déclarée épave, alors que les assureurs ont intérêt à ce qu'elle demeure navire endommagé. Le droit anglais pose seulement le principe, en statuant qu'un navire doit être considéré comme une épave lorsqu'il est dans un état tel qu'un propriétaire raisonnable, qui ne serait pas assuré, préférerait une vente de la carcasse à une réparation. Notre loi néerlandaise, type d'un très grand nombre d'autres lois, a cru pouvoir fixer par un chiffre la donnée logique, en parlant d'une détérioration qui dépasse les trois quarts. On sait quels efforts on se donne pour débattre tous les chiffres, de manière à atteindre la limite ou à empêcher qu'elle ne soit atteinte.

e. *indemnités dues par l'assuré à des tiers.*

L'exemple classique est une contribution à des avaries communes. Il est de droit commun que l'assureur doit la supporter, mais il se peut que la contribution ait été réglée dans un pays lointain, celui de la destination du navire ou celui du port où l'union entre le navire et son chargement est dissoute. Un droit étranger peut avoir été appliqué, à tort ou à raison, bien ou mal. Le code de commerce allemand (§ 835 sqq.) a prévu le cas, et les conditions générales de Hambourg (§ 85 sqq.) entrent à ce sujet dans les plus grands détails. D'autres lois, la loi néerlandaise par exemple, admettent le principe, mais sans préciser les détails de l'application, ce qui donne au juge une latitude d'appréciation fort grande et souvent embarrassante.

Puis, vient le point de savoir si en général l'assureur répond des dommages et intérêts, que le propriétaire du navire assuré est tenu de payer à des tiers en cas d'événement, particulièrement en cas d'abordage. La loi allemande, dans le § 820 du code de commerce, a imposé une obligation à l'assureur en cas d'abordage, mais elle l'exonère en ce qui concerne d'autres dédommagements dus à des tiers (§ 821 ibid.). Dans notre droit néerlandais, on a longtemps discuté le cas d'abordage ; après un arrêt de la cour de cassation rendu contre l'assureur (1), la responsabilité de ce dernier a été reconnue dans les conditions générales des bourses d'Amsterdam et de Rotterdam, mais elle a été limitée aux trois quarts de la somme due par l'assuré. Les conditions des deux bourses ne sont pas même identiques. En Angleterre une clause spéciale a été faite pour le cas d'abordage (2).

f. *autres points.*

La matière est loin d'être épuisée. L'assurance maritime est une chose compliquée. Il y a encore la question de l'intérêt assurable, du commencement et de la fin des risques, celle des assurances à temps et au voyage, celle du bon état de navigabilité, des risques de guerre, de la déviation et du changement de voyage, le cas de plusieurs sinistres consécutifs, le mode de calculer les dommages, les franchises de toute sorte, le délaissement, la ristourne, etc. etc. Mais je crois en avoir dit assez pour ne pas m'égarer dans la recherche des règles d'application ; d'ailleurs la plupart des points que

---

(1) Le cas du navire «Eclipse». Cass. 17 Avril 1862, Weekblad n°. 2370.

(2) Arnould (Maclachlan) op. cit., I, pp. 24 et 251. Conf. sect. 506 Merchant Sh. Act. 1894.

je viens de citer peuvent être réglés par contrat ou par conditions générales comme on le veut.

C. **Application du droit.**

Le contrat d'assurance maritime, qui se forme si souvent dans la vie active universelle, montre bien les avantages d'une bonne méthode. Dans tous les systèmes, celui de la lex loci contractus, celui de l'autonomie, celui du siège de l'entreprise, il y a une part de vérité, mais il faut une étude méthodique pour dégager ces parts et les réunir en faisceau.

L'assurance maritime se présentera sous la face locale-nationale lorsque le siège central de l'entreprise d'assurance, le domicile de l'assuré et la matérialité de l'événement se rattacheront au territoire du pays auquel le juge appartient. Quant au troisième élément, la marine marchande nationale doit être considérée comme attachée au territoire. Cela est fondé en raison et en droit commun. La marine marchande nationale est un facteur de la prospérité publique, une matière d'intérêt social pour chaque Etat. C'est en vue de la marine marchande nationale que sont faites les lois sur l'assurance ; les lois n'ont pas pour objectif les navires qui sont au port, mais ceux qui sillonnent les mers. Lorsque de cette manière le contrat appartiendra à la vie active locale, le juge appliquera la loi de son pays. Il refusera de reconnaître la légalité de ce que cette loi défend, quand même les parties auront décidé de se référer à une loi étrangère ou auraient contracté par correspondance (1). Quant aux points que la loi locale abandonne à l'autonomie, et ces points sont nombreux, le juge respectera cette autonomie.

---

(1) Conf. CHALMERS, op. cit., ad § 4.

Si le contrat, par ces mêmes éléments, se rattache à la vie active d'un pays étranger déterminé, le juge appliquera la loi de ce pays, à laquelle les exigences juridiques de la vie active universelle renvoient. Le juge n'a aucune raison de déclarer permis ce que cette loi défend, ou défendu ce qu'elle permet. L'ordre public de son pays n'est pas en jeu, et je ne vois aucune règle positive des législations qu'on puisse dire contraire à l'ordre public universel. Personnellement, je ne voudrais faire aucune différence entre les sujets de nations amies et ceux de nations ennemies ; pour moi, il n'y a pas d'ennemis dans le droit privé, mais il y a sous ce rapport des idées arrêtées que je constate.

Le contrat d'assurance maritime se présentera souvent sous la face internationale. Par suite de l'intensité de la vie active universelle, il se conclura souvent entre une personne domiciliée dans un pays et une entreprise qui a son centre administratif dans un autre ; la matérialité du fait peut être attachée à un troisième pays, elle peut même être flottante lorsqu'il s'agit de marchandises, comprises dans une assurance par abonnement, ou bien de sommes prêtées à la grosse dans un port lointain. Les règles posées pour l'assurance patrimoniale en général s'appliquent sans difficulté. Le siège central de l'entreprise d'assurance donnera l'élément prédominant, à moins que cette entreprise n'ait pénétré dans la vie active locale d'un pays autre que celui où elle a son siège, en y fondant une agence, qui a contracté soit à la bourse, soit avec une personne domiciliée dans le pays, soit encore pour un navire de la marine marchande nationale. Cette pénétration indique la loi applicable et en même temps les limites de l'autonomie. Comme ces limites ne sont pas étroites, le domaine de l'autonomie sera large, et il se pourra très bien

que la substance du contrat soit régie en somme par la loi du pays, auquel les parties ont emprunté la police, comme on a voulu le statuer.

Lorsque l'assurance maritime se présente sous la face internationale, il peut y avoir des questions délicates d'ordre public local. Le juge n'appliquera pas mécaniquement, sous cette face, la loi de son pays, par cela seul qu'elle intéresse l'ordre public local, mais il l'appliquera raisonnablement, c'est à dire dans les cas où l'esprit de la loi l'exige. C'est ainsi que je comprends parfaitement que le juge d'un pays, dont la loi a défendu d'assurer le profit espéré ou limité l'intérêt assurable par certaines exigences, n'invalide pas dans tous les cas un contrat, qui n'est pas conforme à la loi du pays où il siège, et qui a été conclu par une entreprise d'assurance établie à l'étranger. Il n'y aura là, la plupart du temps, que des modalités dans l'application du principe d'indemnité. Mais si l'assuré est domicilié dans le pays du juge, et surtout si cet assuré est citoyen domicilié, le juge aura à tenir compte du sens raisonnable de la loi de son pays. Qu'on suppose un pays, dont la loi a défendu d'assurer les loyers des marins, et dont le juge se trouve en présence d'un contrat de ce genre, conclu par l'équipage d'un navire de la marine marchande nationale, avec une entreprise qui a son centre administratif dans un pays étranger, où la loi est plus large. Bien que je désapprouve la défense, je me représente fort bien que le juge l'impose ici, parce que tel est l'esprit de sa loi nationale. Pour toutes les relations juridiques qui se présentent sous la face internationale, il faut tenir compte, autant que de raison, des appréciations subjectives du juge, au point de vue individuel ou particulier de son pays. La distinction entre la face locale-étrangère et la face internationale des

relations juridiques diminue l'incertitude, en écartant pour la première de ces deux faces les questions d'ordre public local, mais il reste assez d'incertitude pour justifier le vœu d'une entente internationale, exprimé par tant d'hommes éminents. Cette entente n'est nullement impossible. En somme les différentes manières de voir ne sont pas profondément enracinées dans les individualités juridiques des nations.

---

§ 64. *L'assurance contre l'incendie.*

A. **Points saillants de comparaison.**

a. *examen général.*

A la rigueur, ce qui a été dit des assurances patrimoniales en général suffirait pour montrer l'importance pratique de la question du droit applicable à l'assurance contre l'incendie. Dans certaines législations, le droit français entre autres, l'assurance contre l'incendie n'est pas spécialement réglée; d'autres législations, dont la nôtre a été une des premières, ont des dispositions spéciales, et il peut être intéressant de relever quelques points saillants. Je me permets de considérer, ici encore, le projet allemand de 1903 comme un élément de comparaison, quand ce ne serait que pour appeler l'attention sur les nombreuses dispositions qu'il renferme pour protéger l'assuré contre la tyrannie économique de l'assureur. Ces dispositions ont pour effet de donner au contrat un caractère assez rigide; elles montrent aussi que le législateur songe en tout premier lieu au groupe d'individus, dont les intérêts sont concentrés dans le pays.

Le code de commerce néerlandais met à la charge de l'assureur l'incendie, occasionné par des faits de guerre (art. 290) ; le code de commerce japonais, entre autres (art. 395), ne rend pas l'assureur responsable en principe. Le projet allemand (§ 81) parle plus précisément d'un incendie ordonné, en temps de guerre ou après une déclaration de guerre, par un commandant militaire, mais il ajoute que l'assureur ne répond pas du dommage causé par une émeute ou une guerre civile.

Le code néerlandais a jugé utile de distinguer, pour le cas d'assurance d'un bâtiment, entre le cas où il a été convenu que l'assureur paierait le dommage causé, et celui où il a été arrêté qu'il rembourserait les frais de reconstruction, jusqu'à concurrence de la somme assurée (art. 288). Dans ce dernier cas, la loi dit que l'assurance ne peut pas dépasser les trois quarts des frais de reconstruction (art. 289). Le but de la loi est d'empêcher que l'assuré ne fasse un bénéfice, en remplaçant une vieille construction par un bâtiment neuf ; le texte et la comparaison de l'article avec d'autres dispositions (art. 286 j°. 254) indiquent qu'il n'est pas permis de stipuler le contraire.

La loi belge de 1874, n'a pas cette dernière disposition (conf. art. 36) ; par contre elle s'occupe des risques locatifs et des recours de voisins. L'art. 1733 du code civil, que le législateur néerlandais n'a pas reproduit, explique cette différence. La loi belge (art. 38) a même cru devoir attribuer au propriétaire de l'immeuble, à l'exclusion des créanciers du locataire-assuré, l'indemnité due ; elle établit le même droit en faveur des voisins (1).

---

(1) Namur, op. cit., nos. 1543, 1544.

Il y a encore bien d'autres nuances, en ce qui concerne la faute de l'assuré, les changements apportés à un édifice assuré, la preuve du dommage, etc. Je les laisse de côté pour m'arrêter un instant aux droits des créanciers hypothécaires. Un instant suffit parce qu'on voit tout de suite que ces droits sont liés à la glèbe.

b. *créanciers hypothécaires.*

Les droits du créancier hypothécaire, garanti par un immeuble sujet à incendie, ne sont pas sans rapport avec l'organisation du crédit foncier national. C'est pour cela que les lois s'en occupent. Le législateur néerlandais l'a fait dans le code de commerce, le législateur belge dans la loi hypothécaire, le législateur allemand dans le code civil. La loi néerlandaise, d'ancienne date, est assez imparfaite. Elle ne donne aucun droit au créancier lorsque le propriétaire assuré perd, par une faute grave, le droit à l'indemnité. Il n'est pas même certain que les droits du créancier, lorsqu'ils ne dérivent que d'une convention faite avec le débiteur, s'étendent à l'indemnité due à un propriétaire subséquent, tiers détenteur de l'immeuble. Dans la pratique, on tente de se tirer d'affaire au moyen de conventions conclues avec l'assureur, ou même, ce qui coûte davantage, au moyen d'une assurance de l'intérêt hypothécaire. La loi hypothécaire belge, article 10, n'exige aucune convention ; elle donne aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, selon leur rang, un droit sur la somme due par l'assureur, si cette somme n'est pas appliquée à la réparation de l'objet assuré. La loi belge ne vise pas seulement les immeubles, mais aussi les récoltes et les objets mobiliers assurés contre un fléau quelconque, et même l'indemnité due

par des tiers, à raison de la perte ou la détérioration de l'objet grevé. Dans le droit allemand, les droits de créanciers hypothécaires ont été réglés par le code civil (§ 1127 et suiv.). Dernburg (1) nous avertit que ces dispositions ne sont pas applicables aux assurances conclues par des corporations de droit public. Le projet allemand de 1903 renferme encore une foule de dispositions (§§ 94—102), tendant à mieux assurer les droits de créanciers hypothécaires pour le cas de nullité de l'assurance, d'agissements de l'assuré, de non-payement de la prime, etc.

B. **Application du droit.**

Je ne fais que rappeler les cas où l'assurance contre l'incendie se présente sous la face locale-nationale ou locale-étrangère, pour passer tout de suite à la face internationale. Cette face se présentera lorsque l'entreprise d'assurance aura conclu le contrat avec une personne, qui n'est pas domiciliée dans le pays où l'entreprise a son siège, ou pour un objet en risque qui se trouve dans un pays autre que ce dernier.

On peut se demander si les principes posés pour l'assurance en général ne doivent pas recevoir ici une exception, au moins lorsqu'il s'agit de l'assurance de biens immeubles ou de biens meubles qui ont une assiette fixe. Le traité de Montevideo applique la loi de la situation de l'objet en risque. La question est discutable, même lorsque l'on ne part pas de l'idée qu'un immeuble attire comme un aimant la lex rei sitæ. On peut soutenir, en effet, que dans ce cas l'objet en risque est l'élément prépondérant, parce que l'assurance contre l'incendie unit les intérêts des propriétaires voisins et que la

(1) Op. cit., III, § 230.

grande masse de la bourgeoisie court un danger lorsqu'il y a des assurances excessives ou des doubles assurances. L'argument n'est pas dénué de valeur, mais il va trop loin. On ne peut pas dire que l'assurance d'un immeuble contre l'incendie pénètre toujours dans la vie active du lieu de la situation. L'assurance contre l'incendie est une assurance de grande envergure comme l'assurance maritime, elle se conclut à la bourse, même pour des biens situés au loin, et le propriétaire peut se faire assurer par une entreprise qui n'a pas même d'agence dans le pays où se trouve l'immeuble. Lorsqu'une personne, domiciliée dans les Pays-Bas, assure à la bourse d'Amsterdam ou en traitant avec une compagnie néerlandaise, une maison de campagne qu'elle possède en Belgique, je ne voudrais pas soutenir que la situation de l'objet en risque soit l'élément prépondérant du contrat. L'intérêt de la masse de la bourgeoisie locale est un intérêt véritable, mais on en tient compte autant que possible, lorsque l'on soumet à la loi du pays de la situation le contrat conclu par une agence, qui est établie dans ce pays, pour un immeuble qui s'y trouve, et que l'on réserve au juge du pays de la situation le pouvoir d'imposer aux parties les dispositions d'ordre public local du même pays, en tant que leur esprit le comporte.

Je maintiens donc, ici encore, les principes posés pour le contrat d'assurance en général. Le siège central de l'entreprise dominera la relation juridique, à moins que cette entreprise n'ait contracté, par l'entremise d'une agence qu'elle a établie dans un autre pays, soit à une bourse de ce dernier pays, soit avec une personne qui y est domiciliée, soit pour un bien attaché au territoire ou qui est destiné à y demeurer pendant le cours de l'assurance ; le tout sauf l'autonomie des parties, dans les limites tracées par la loi qui les régit.

Même lorsque le contrat est soumis à une loi étrangère, le juge tiendra compte, pour les biens attachés au territoire de son pays, des lois d'ordre public de ce pays. Ainsi lorsque la loi défend une assurance exagérée ou une double assurance, le juge ne respectera pas un contrat abusif, conclu directement avec une entreprise étrangère ; l'art. 289 du code de commerce néerlandais, qui défend d'assurer plus de trois quarts des frais de reconstruction, est un exemple d'une disposition d'ordre public local.

Il reste une difficulté sérieuse.

Lorsque le contrat d'assurance est régi par la loi qui est en même temps la loi du pays où se trouve l'immeuble assuré, il est aisé d'appliquer les dispositions, qui peuvent se trouver dans cette loi quant au droit des créanciers hypothécaires et quant à l'exercice du recours des voisins sur l'indemnité d'assurance. Mais il y a une difficulté sérieuse, comme je viens de le dire, lorsque le contrat d'assurance est régi par une autre loi, surtout lorsque l'entreprise d'assurance n'a, dans le pays de la situation, ni son siège central, ni même un établissement. On se tirerait en apparence de la difficulté en considérant le contrat d'assurance d'un immeuble comme soumis absolument à la lex rei sitæ, mais c'est là une exagération, comme je l'ai exposé, et d'ailleurs, comment une loi peut-elle disposer d'une indemnité d'assurance, due en pays étranger par une personne sur laquelle ses juges n'ont aucune juridiction naturelle? Ce n'est qu'en apparence aussi qu'on sortirait de la difficulté en déclarant d'ordre public local les dispositions sur les relations entre l'assureur et le créancier hypothécaire ou le voisin. Cela pourrait se soutenir pour le cas du créancier hypothécaire, par suite du rapport entre l'hypothèque et le crédit foncier, mais peut-on songer à donner au voisin un droit de préférence sur une

indemnité due par un assureur qui n'a aucun établissement dans le pays? Encore une fois d'ailleurs, même en invoquant l'ordre public local, ou en parlant de lois de police et de sûreté dans un sens très étendu, on se trouve devant l'obstacle juridique et pratique de l'absence de juridiction, ou, si celle-ci existe par suite d'un biais, de l'absence d'imperium. Je pense que la difficulté ne peut être résolue que lorsque la question se pose devant le juge d'un pays déterminé, qui tiendra compte des circonstances et de la loi de son pays. Provisoirement il ne faut pas même songer à une entente internationale. Une loi peut diminuer l'incertitude en statuant, comme le fait le § 87 de la loi allemande du 12 Mai 1901, que les sociétés étrangères, admises dans le pays à l'exercice de la profession d'assureur, ne peuvent conclure des contrats d'assurance, pour des immeubles nationaux, que par un fondé de pouvoir domicilié dans le pays. Cela ne me paraît pas empêcher un contrat fait par correspondance (1). Le moyen pratique d'éviter la difficulté, pour le créancier hypothécaire au moins, c'est de rechercher si l'assurance est conclue avec une entreprise solidement établie dans le pays, ou de faire de l'existence d'une assurance de ce genre une condition du crédit qu'il donne.

§ 65. *Autres assurances patrimoniales.*

A. **Considérations générales.**

Il peut y avoir toutes sortes d'assurances patrimoniales. Il suffit qu'un événement puisse atteindre dans leur fortune les membres d'un groupe social et que les effets de cet évé-

(1) Paul Alexander-Katz, op., cit., ad § 85 p. 192 note 2.

nement puissent être corrigés par une indemnité, tirée d'un fonds formé au moyen de contributions relativement minimes de tous les intéressés. Les lois mentionnent et règlent quelques espèces particulières, par exemple les assurances agricoles, celles des transports par la voie de terre ou par les cours d'eaux intérieurs. La vie pratique en connaît encore bien d'autres, par exemple celles contre le vol avec effraction, le bris des glaces, etc. On peut aussi assurer la solvabilité d'un débiteur ou les risques du remboursement des obligations à lots dont le cours est au-dessus du pair.

Les principes généraux des assurances patrimoniales s'appliquent aux assurances en question, et, en tant que les lois présentent des différences, il peut y avoir intérêt à déterminer la loi ou le droit applicable. Il y aussi dans les lois quelques dispositions particulières, mais elles ne nous offrent pas des principes nettement opposés. Une esquisse suffira pour donner une idée des résultats de l'application du droit international.

Le code de commerce néerlandais a formulé quelques règles pour les assurances agricoles ; la principale disposition, l'article 301, a pour but de donner à l'assurance des récoltes le caractère d'une assurance du profit espéré. L'assurance des têtes de bétail est abandonnée aux principes généraux et aux conventions des parties. Vers 1838 la nécessité d'une réglementation légale ne se faisait pas sentir. La loi belge s'occupe aussi des assurances agricoles (art. 39) ; elle a même une disposition qui s'efforce de mettre l'assurance des récoltes d'accord avec les règles des articles 1769 et suivants du code civil, en limitant aux primes déboursées la remise du fermage, lorsque le fermier est indemnisé par une assurance. Le projet allemand de 1903 s'occupe assez longuement de l'assurance contre la grêle et de l'assurance du bétail. Il a puisé ses dispositions

dans les polices les plus usitées en Allemagne. Je citerai, en ce qui concerne la grêle, la disposition du § 107, qui permet à l'assureur de dénoncer le contrat pour la fin de l'année dans laquelle le sinistre a eu lieu, et, en ce qui a trait au bétail, la disposition du § 118, qui se rapporte au cas où la personne, à qui le soin de l'animal a été confié par l'assuré, maltraite ou néglige cet animal, ainsi que celle du § 120, qui fait cesser l'assurance en cas de vente.

Le même projet allemand a consacré tout un titre à l'assurance contre les risques de la responsabilité, que l'on peut encourir, dans certains cas, à l'égard des tiers. Les auteurs du projet disent qu'ils ont aussi puisé les dispositions de ce titre dans les types usuels de contrats conclus par les associations d'intéressés. Le projet s'occupe, entre autres points, des droits que les tiers intéressés peuvent exercer sur l'indemnité, en cas de faillite de l'assuré.

Le code de commerce néerlandais s'est occupé aussi, dans ses articles 686 à 695, de l'assurance contre les risques des transports terrestres ou fluviaux. Il renvoie en général à l'assurance maritime, sauf pour quelques points, notamment le changement du véhicule ou du bateau, dispositions qui n'ont d'ailleurs rien de prohibitif. Le code de commerce italien a deux articles (447—448) sur l'assurance des marchandises transportées, articles qui ont trait aussi, entre autres, aux effets d'une interruption temporaire du transport, ainsi qu'à ceux d'un changement de la route ou du mode d'expédition. Le projet allemand, dans son désir d'être complet, renferme un grand nombre de dispositions sur l'assurance des transports intérieurs ; il a soin de dire (§§ 177—178) que les dispositions, qui limitent l'autonomie des parties, ne s'appliqueront, ni à l'assurance contre les risques des transports,

ni à celle contre les périls auxquels les bateaux d'intérieur sont exposés, sauf, pour cette dernière, le cas où une ordonnance impériale les déclarerait applicables en tout ou partie.

La plupart des lois ne mentionnent la réassurance que pour la déclarer permise. Le temps n'est plus où l'on croyait devoir la défendre, comme la loi anglaise l'a fait entre 1745 et 1864 ; les avantages de la réassurance dépassent de beaucoup ses inconvénients. Personnellement, j'ai en horreur les contrats que l'on conclut, pour des primes fantastiques, sur les navires qui n'ont pas donné de nouvelles pendant une longue période de temps et qu'on suppose perdus, contrats qui sont réellement plutôt des gageures macabres que des assurances, mais je n'écris pas pour critiquer. Le code de commerce hongrois (§§ 508—514) a consacré à la réassurance un certain nombre de dispositions, puisées dans les usages. Au reste, les parties dans un contrat de réassurance sont économiquement de force égale, et il n'est guère besoin de dispositions prohibitives.

B. **Application du droit.**

Les différences, que je viens d'indiquer, sont tellement peu saillantes que je crois pouvoir me contenter de montrer que les principes exposés, quant aux assurances patrimoniales en général, s'appliquent ici sans difficultés particulières et se confirment par cette application.

Les assurances patrimoniales spéciales peuvent se présenter sous la face locale-nationale ou la face locale-étrangère, ce qui entraîne une application du droit national du juge ou d'un droit étranger déterminé. Si elles se présentent sous la face internationale, les principes, qui ont été développés plus haut pour l'assurance en général, et qui ont été appliqués succes-

sivement à l'assurance maritime et à l'assurance contre l'incendie, seront suffisants pour arriver à une application raisonnable du droit. Le plus souvent ces sortes d'assurances seront conclues avec des entreprises, qui ont une agence dans le pays où l'assuré est domicilié et par l'entremise de cette agence, de sorte que le droit du pays où se trouve l'agence sera applicable.

Les principes dont je viens de parler s'appliqueront aussi à la réassurance, qui est une assurance du patrimoine d'un assureur, conclue avec un second assureur. Il en est ainsi tout au moins lorsqu'il s'agit d'une réassurance ayant trait à une assurance déterminée. Lorsque l'assurance et la réassurance sont régies par une loi différente, rien n'empêche cependant de tenir compte de la loi, qui régit l'assurance, pour apprécier l'étendue des obligations du réassureur, lorsque ce dernier a déclaré se mettre en lieu et place de l'assureur primitif (1). C'est une simple question d'interprétation. Quant aux traités de réassurance, ils peuvent avoir le caractère d'une association ou d'un contrat innommé ; les questions qu'ils peuvent soulever sont très intéressantes dans la pratique, mais comme il n'y a guère de textes applicables, elles seront presque toujours des questions d'interprétation des termes du contrat.

(1) (Ancienne) Cour provinciale de la Hollande Septentrionale, 28 Juin 1866, Magasin de droit commercial, 1866, p. 143.

3ième SECTION.

ASSURANCES PERSONNELLES.

§ 66. *Considérations générales.*

Les assurances personnelles diffèrent des assurances patrimoniales sous bien des rapports. D'abord, l'événement qui rend exigible la prestation de l'assureur est une manière d'être d'une personne. Cette manière d'être n'est pas à proprement parler un sinistre. Sans doute on peut considérer comme un sinistre la mort, la mort prématurée au moins, et même la vieillesse, la maladie, l'accident, mais il y a d'autres événements, la majorité ou l'âge des études universitaires, le mariage ou la maternité, qui sont simplement des événements prévus. Puis le personnel est autrement compliqué. Il peut y avoir un assuré-contractant, une personne sur la tête de laquelle l'assurance est prise, un bénéficiaire. Mais surtout l'assurance personnelle n'a pas essentiellement un caractère d'indemnité, bien que certaines formes d'assurances personnelles, l'assurance contre la maladie ou les accidents, donnent lieu à des mesures destinées à éviter une prestation exagérée de la part de l'assureur. A mon avis, il n'est pas non plus de l'essence des assurances personnelles que l'assuré-contractant ait un intérêt démontrable à l'événement. Dans le travail actuel, je ne peux pas discuter ce point, qui donne lieu à

des divergences assez profondes dans les lois et dans la doctrine. Il y a des législations qui, pour l'assurance sur la vie d'autrui, exigent un intérêt, moral tout au moins; d'autres se contentent de l'intérêt subjectif que doit avoir tout homme raisonnable, lorsqu'il débourse une somme actuelle pour obtenir une somme future. Bien que dans les assurances personnelles il y ait, comme dans les assurances patrimoniales, un fonds commun de prévoyance, la doctrine de la réticence et celle de la faute de l'assuré ne peuvent s'appliquer sans modifications aux assurances personnelles. Il en est de même de la doctrine de la subrogation, qui suppose pour l'assuré un concours de deux actions. Dans les assurances patrimoniales, l'action que l'assuré peut avoir contre l'auteur d'un fait dommageable et l'action qu'il a contre l'assureur sont toutes deux des actions en indemnité; dans les assurances personnelles la première seule est action d'indemnité, la seconde ne l'est pas nécessairement.

En réalité, la matière des assurances personnelles ne se subdivise pas. L'assurance sur la vie est le noyau autour duquel les mille combinaisons des autres formes viennent se grouper. On peut constater seulement des différences de degré entre les grandes institutions qui embrassent le monde, et les institutions populaires qui tendent à former des fonds de prévoyance pour les ouvriers ou, si l'on veut, pour la petite bourgeoisie. L'intérêt général est plus nettement engagé dans ces dernières, qui peuvent avoir une organisation territoriale imposée par la loi. Cependant mon intention n'est pas de diviser la matière sur cette base. Je prendrai l'assurance sur la vie pour type et j'aurai soin d'indiquer, en examinant l'application du droit, quel peut être le résultat de l'organisation territoriale de certaines branches.

L'assurance sur la vie est une institution relativement neuve. Cependant, bien que les lois répondent aux mêmes besoins sociaux, elles diffèrent sensiblement. Cela s'explique par les divers courants qui ont successivement entraîné les législateurs. Les lois varient selon qu'elles ont été faites sous la poussée du premier courant ou sous celle des courants qui se sont fait sentir plus tard. Le premier courant est celui de l'enfance de l'institution. L'assurance sur la vie, proscrite autrefois, est permise ou plutôt tolérée, mais on la considère avec défiance ; au nom de la morale il faut mettre un frein aux abus possibles. Le deuxième courant est celui de l'adolescence. Sous l'empire de la statistique et des formules qui éliminent le hasard pour les grands nombres, l'assurance prend rang comme mesure de prévoyance sociale. Ce n'est plus dans le contrat qu'est le danger, c'est dans le fonds commun. Au nom de l'intérêt général, l'Etat peut exiger que l'administration de ce fonds soit faite sur des bases scientifiques ; il peut surveiller cette administration. On se défie surtout des compagnies étrangères, non pas précisément par protectionnisme, mais parce que leur centre administratif est éloigné. Le troisième courant est celui de l'âge mur. Les entreprises d'assurance sont devenues des puissances formidables, qui font la loi au public. Le législateur intervient pour protéger l'assuré, qui par ignorance ou faiblesse économique pourrait bien accepter des conditions trop rigoureuses. Enfin, au moins pour les formes populaires, l'Etat songe à se substituer aux assureurs et même à donner à l'assurance une forme obligatoire et rigide.

On peut se faire une idée du mouvement législatif, en comparant par exemple, la loi néerlandaise, qui date de 1838 et qui, sauf une modification décrétée en 1875 avec effet

rétroactif indéfini, est restée immobile, avec le droit allemand qui, si l'on combine les données de la loi du 12 Mai 1901, sur les entreprises particulières d'assurance, avec le projet de 1903, donne à peu près le maximum de la réglementation légale. Pour le travail actuel cette comparaison suffira. Entre les deux extrêmes viennent se ranger les législations, mises en vigueur dans l'intervalle. J'alourdirais trop mon travail, si je me proposais de les commenter ou même de les énumérer. C'est plutôt la tâche des monographies spéciales (1), dont le travail de Bonolis peut donner une idée.

---

§ 67. *Points saillants de comparaison.*

A. **Capacité, forme et preuve.**

Je suis pleinement convaincu de l'importance de ces questions, mais si j'en fais mention, c'est pour rappeler que je concentre mes efforts sur la substance. La capacité ne présente ici rien de particulier. Le législateur néerlandais a soumis l'assurance sur la vie, en principe, aux dispositions générales sur le contrat d'assurance ; l'assurance sur la vie a ainsi l'honneur, très peu digne d'envie, de participer à toutes les controverses sur la preuve testimoniale. Le projet allemand (§ 4) dit seulement que l'assureur est obligé de remettre à l'assuré un contrat écrit. Le code italien exige un écrit (art. 420) et précise dans le même article les indications qu'il doit contenir ; selon Vivante (2), la loi ne

(1) G. Bonolis, *Les assurances sur la vie en droit international privé.* Traduit et annoté par Valery et Lefort, Paris 1902.

(2) Op. cit., IV, n⁰. 1866.

limite que la preuve testimoniale. L'art. 25 de la loi belge parle expressément de preuve.

B. Assurance sur la tête d'un tiers.

Le texte tout au moins de l'art. 302 du code de commerce néerlandais exige que celui qui assure ait un intérêt à la vie qu'il assure, mais l'art. 305 abandonne entièrement aux parties la détermination de la somme payable par l'assureur. Il ne saurait donc être question ni d'assurances exagérées ni de doubles assurances. L'art. 303 dit formellement que l'assurance peut être conclue sans que le tiers, dont la tête est assurée, le sache. Le projet allemand ne demande pas qu'il y ait un intérêt, même moral, mais lorsque l'assurance est conclue sur la tête d'un tiers, il exige l'assentiment du tiers ou de ses représentants légaux, si le tiers est incapable ou limité dans sa capacité. Certaines législations, comme la loi belge (art. 41) et la loi italienne (art. 449), exigent un intérêt à l'existence des tiers, à peine de nullité. La loi hongroise (§ 499) établit une alternative et fait exception pour les époux, les fiancés et les parents en ligne directe. On peut rattacher, à cette matière, les dispositions qui défendent de conclure des assurances sur la tête des enfants en bas âge, dispositions dont le but est trop clair pour que j'insiste (1).

C. Doctrine de la réticence.

Dans la loi néerlandaise, c'est par le renvoi légal aux principes généraux qu'il faut déterminer les effets de la

---

(1) Loi française du 8 Déc. 1904. Notice par M. Buret, dans l'Annuaire de la Société de Lég. Comp. 1904, p. 127.

réticence. On peut soutenir cependant que lorsque l'assureur a exigé de l'assuré-contractant une réponse à une série de questions, les circonstances qui n'ont pas fait l'objet d'une question doivent être considérées comme sans influence sur la détermination de l'assureur. La loi y a ajouté une disposition (art. 306), qui déclare le contrat caduc, à moins de convention contraire, lorsque la personne sur la tête de laquelle l'assurance a été conclue était déjà décédée au moment du contrat; le texte n'exige pas que cette circonstance ait été connue de l'assuré-contractant. Le projet allemand, dans ses dispositions générales (§ 14 sqq.) permet à l'assureur de se désister du contrat lorsqu'une circonstance importante, qui est connue de l'assuré contractant ou de son représentant, ou que ceux-ci ont ignorée à dessein, ne lui a pas été communiquée, ou lorsqu'une déclaration inexacte a été faite, mais dans les deux cas il faut qu'il y ait faute de la part de l'assuré. Le projet ajoute que lorsque l'assuré-contractant a répondu à une série de questions, l'omission d'une circonstance, qui n'a pas fait l'objet d'une question, ne rend à l'assureur sa liberté que s'il y a fraude. Le § 18 contient encore un délai et une disposition sur les effets de la caducité. Plusieurs dispositions spéciales creusent encore plus profondément la matière. Le § 150 limite le droit de désistement de l'assureur lorsque l'âge d'une personne a été indiqué inexactement et que l'on peut corriger la faute par un calcul. Le § 152 ne permet plus à l'assureur de se désister lorsque dix ans se sont écoulés depuis que le contrat a été conclu, et qu'il n'y a pas eu fraude. Les législations, qui ont réglé la matière, en général ou pour l'assurance sur la vie spécialement, présentent des nuances; celles qui ne la règlent pas soulèvent des controverses. Le code de commerce italien renvoie, dans son

article 452, aux dispositions générales des artt. 429 et 430. La loi belge (art. 9) a une disposition générale commune à toutes les assurances.

D. **Doctrine de la faute.**

Le texte de la loi néerlandaise n'exclut pas, pour l'assurance sur la vie, l'application de la disposition générale du code de commerce sur la faute personnelle de l'assuré. L'art. 307 de ce dernier code, qui se rapporte spécialement à l'assurance sur la vie, statue littéralement que l'assurance devient caduque lorsque celui qui a fait assurer sa vie se donne la mort ou subit la peine capitale. C'est surtout sur le suicide qu'il y a divergence d'opinions, mais la question est trop connue pour que j'insiste. Les polices limitent souvent les effets du suicide au cas où il a été commis moins de trois ans après le contrat; elles s'occupent aussi quelquefois du cas où la personne, sur la tête de laquelle l'assurance a été prise, meurt par un méfait imputable au bénéficiaire de la police. Le projet allemand ne pose le principe général de la faute (§ 55) que pour les assurances patrimoniales; pour l'assurance sur la vie, il a deux dispositions spéciales. La première, le § 159, établit que l'assureur est libéré, dans une assurance payable en cas de décès, lorsque la personne, sur la tête de laquelle l'assurance est prise, commet un suicide, mais que l'obligation de l'assureur subsiste lorsque le suicide a eu lieu dans un état de maladie mentale qui exclut le libre arbitre; le § 162 ne permet pas de stipuler le contraire au détriment de l'assuré. La seconde disposition (§ 160) libère l'assureur lorsque l'assuré-contractant a donné doleusement et sans droit la mort à la personne dont la vie est assurée; les motifs

disent que les conventions des parties pourraient aller plus loin encore, et que les dispositions du code civil sur la révocation des donations pourraient être appliquées au bénéficiaire. La loi belge (art. 41), les codes italien (art. 450), espagnol (art. 423), etc. ont aussi des dispositions sur le suicide „volontaire”, la peine de mort, le duel, ou même la mort qui a pour cause immédiate un crime ou un délit commis par l'assuré.

E. Augmentation des risques.

Le code de commerce néerlandais ne parle pas spécialement de l'augmentation des risques par le fait de l'assuré; mais les polices, le plus souvent, comblent amplement cette lacune. Le projet allemand a une disposition qui exige, en matière d'assurance sur la vie, pour l'application des dispositions légales sur l'augmentation des risques, qu'il y ait changement d'un état de fait, dont le maintien a été stipulé dans une déclaration écrite de l'assuré; le § 162 exclut, ici encore, une clause qui modifierait cette condition au détriment de l'assuré. La loi belge, (art. 31 des dispositions sur les assurances en général), la loi italienne (art. 451 j°. 432 c. d. c.), roumaine (art. 475 c. d. c.), espagnole (art. 424 c. d. c.) etc. ont prévu le cas d'augmentation des risques.

F. Interruption du paiement des primes périodiques.

Le code de commerce néerlandais n'a réglé spécialement, ni le mode de paiement des primes, ni les suites d'une interruption dans leur paiement. En droit, ce silence donne lieu à des questions délicates sur l'applicabilité et l'application des dispositions légales relatives aux contrats synallagma-

tiques ; dans la pratique, les polices accordent quelquefois des délais de grâce ou prévoient la possibilité d'une solution amiable sur la base de la réserve. Pour être bref, je constaterai que le projet allemand règle (§ 164 sqq.) les droits de l'assuré, qui a payé ses primes pendant trois ans au moins, en refusant, comme d'habitude, tout effet à une clause qui empirerait la situation de l'assuré. Le code de commerce espagnol, dans son article 426, a une disposition formelle, favorable à l'assuré.

G. **Assurances au bénéfice d'un tiers.**

Le code néerlandais, rédigé à une époque où l'assurance sur la vie se trouvait dans la période de l'enfance, prévoit bien la possibilité de stipuler un capital ou une rente viagère (art. 1815 c. c.) au profit d'un tiers, mais il n'entre pas dans des détails. La question de savoir si la police peut être à ordre ou au porteur est controversée. Le projet allemand (§ 155) dit expressément que lorsque l'assurance comporte le paiement d'un capital, l'assuré-contractant, si le contraire n'a pas été stipulé, a le droit de changer la désignation du bénéficiaire, même si ce dernier est indiqué dans le contrat. Plusieurs législations, entre autres les codes de commerce italien (art. 422), roumain (art. 447) et espagnol (art. 430), ont réglé la transmissibilité.

Enfin, disons encore que le projet allemand, complétant les dispositions du code civil allemand sur les contrats au bénéfice des tiers, a réglé dans son § 157 le sens de la clause qui appelle les „héritiers" au bénéfice de l'assurance, en ajoutant que la répudiation de la succession n'enlève pas aux personnes désignées le bénéfice de la police. Cette question est une des nombreuses complications que l'assurance

sur la vie fait naître, en pénétrant comme un coin dans les dispositions du droit civil sur le régime matrimonial, les donations prohibées, la légitime, l'action paulienne, la faillite, etc. Mais je ne veux pas m'engager dans tous ces sentiers de traverse, qui s'écartent de la substance de l'assurance. Quelques lois, le code de commerce italien, par exemple, (art. 453) ont des dispositions sur la matière. Je m'arrête en constatant que je laisse de côté, avec intention, la question de la prescription et celle de la faillite de l'assureur.

---

§ 68. *Application du droit.*

J'ai eu l'occasion de citer la monographie très consciencieuse, intitulée: „les assurances sur la vie en droit international privé", et due à la plume de Guido Bonolis. Je n'ai pas en mains l'original, mais la traduction de Valery et Lefort, qui ont augmenté de notes le travail italien. Bonolis part de l'idée que les obligations contractuelles sont régies par la loi du lieu du contrat, sauf à modifier cette règle pour les contrats faits par correspondance. L'auteur, pour ce qui est de son pays, peut s'appuyer sur l'art. 9 des célèbres dispositions préliminaires du code civil italien, et il ne manque pas de tenir compte de l'art. 12 des mêmes dispositions, lorsque le juge se trouve en présence d'une loi concernant l'ordre public et les bonnes mœurs. Les traducteurs ont élargi le point de vue, sans abandonner la lex loci contractus. Cette dernière joue aussi un grand rôle dans le livre de Diena, qui pourtant ne néglige pas l'autonomie. Les savants italiens méritent un tribut d'admiration; ils ont réuni

un grand nombre de matériaux utiles et donné des preuves incontestables de bon sens juridique. Mais je ne peux pas supporter le joug de la lex loci contractus. Je ne la repousse pas et je veux bien y arriver dans certains cas, mais je ne veux pas l'accepter d'avance. Il me semble d'ailleurs qu'avant de se demander quelle est la loi qui régit l'assurance sur la vie, le juge se demandera quelle est la sphère d'action des lois de son propre pays en cette matière. Cela revient à demander quand l'assurance sur la vie se présentera sous la face locale-nationale.

Quand peut-on dire que cela sera le cas ? Il faut s'attacher aux éléments décisifs pour le but social de l'institution juridique. L'assurance sur la vie se présentera sous la face locale-nationale lorsque le contrat aura été conclu entre une entreprise, qui a son centre administratif dans le pays où le juge siège, et une personne domiciliée dans ce même pays, et, en tant que l'assurance est conclue sur la tête d'un tiers, lorsque ce tiers y sera également domicilié lors de la conclusion du contrat. Dans ce cas le juge appliquera son droit national, quand même le contrat aurait été conclu par correspondance pendant un séjour temporaire de l'assuré-contractant à l'étranger. La nationalité des personnes n'est pas un élément décisif, elle a seulement une valeur d'interprétation. Le domicile du bénéficiaire n'a pas d'influence sur la substance du contrat. Cette application de la loi locale n'exclut pas l'autonomie des parties, mais elle la limite ; naturellement le juge, qui applique la loi de son pays dans la sphère locale-nationale de la vie active, tiendra compte des dispositions d'ordre public local que cette loi renferme.

Lorsque le contrat aura été conclu par une entreprise qui a son centre administratif dans un pays étranger déterminé,

et que le domicile de l'assuré-contractant, et éventuellement celui du tiers sur la tête duquel l'assurance repose, se trouveront dans ce même pays, la relation juridique sera locale-étrangère et le juge appliquera la loi étrangère, en tenant compte des dispositions prohibitives d'intérêt local de cette loi, et, en principe, uniquement de ces dispositions. (1) Au nombre de ces dispositions je range celles qui sont relatives à l'intérêt, au consentement du tiers, au suicide, même celles qui ont pour but de protéger un individu contre la tyrannie réelle ou prétendue d'une puissante compagnie. L'ordre raisonnable de la société universelle renvoie manifestement à la loi locale, qui s'applique dans sa sphère d'action naturelle. Le juge n'imposera pas aux parties les dispositions prohibitives de sa propre loi, qui sont d'intérêt local; si l'on pouvait imaginer une disposition d'ordre public universel j'admettrais une exception, mais je n'en vois pas. Naturellement je m'inclinerai, si le juge italien croit devoir refuser d'appliquer une loi étrangère contraire à une disposition d'ordre public local italien, même si la relation juridique est locale-étrangère, mais il y a alors un texte (2). Inutile de dire que l'autonomie aura tout le terrain d'action que lui donne la loi locale-étrangère applicable.

J'arrive maitenant à la face internationale. Elle se présentera lorsque le contrat aura été conclu entre une entreprise, qui a son centre administratif dans un pays, et une personne domiciliée dans un autre pays; s'il y a un tiers, dont la tête porte le risque, le domicile de ce tiers devra aussi être pris en considération. Comme ce tiers n'y est pas toujours, je

---

(1) Conf. Bonolis, op. cit., p. 138 note 2.

(2) Ibid. n°. 69 (suicide), n°. 77 (intérêt), Conf. note 4.

commencerai par le laisser de côté, pour m'occuper du cas plus simple, indiqué d'abord.

Il s'agit de savoir, pour ce cas, si la relation juridique pénètre par un élément prédominant dans une sphère locale de la vie active. Or, ici encore, il se pourra que l'assuré-contractant entre dans la sphère de la vie active où se concentre l'entreprise, et il se pourra que le contraire soit le cas. Si le contrat est conclu entre une entreprise, qui n'a aucun établissement dans le pays du domicile de l'assuré-contractant, et cet assuré, le siège central de l'entreprise dominera ; l'assuré devient membre de l'association de prévoyance qui y a été formée. Si l'entreprise a un établissement dans le pays du domicile de l'assuré, et si elle contracte avec cet assuré par l'entremise de cet établissement, le domicile de l'assuré dominera; l'entreprise alors s'offre au public sur le marché local et doit subir la loi du marché. On peut se demander ce qu'il faut entendre par établissement, particulièrement s'il faut une succursale ou du moins une agence dirigée par un fondé de pouvoir, ou bien s'il suffit qu'il y ait un intermédiaire chargé de recevoir une demande et de la transmettre au centre administratif. Les auteurs, qui partent de la lex loci contractus, attachent une grande importance à cette distinction. On peut en effet, mais non sans prendre parti dans la controverse classique sur les contrats faits par correspondance, soutenir que le contrat fait par un fondé de pouvoir se conclut au lieu où ce dernier traite avec l'assuré, alors que le contrat conclu par entremise simple se conclut au lieu où se trouve le centre administratif de l'entreprise. Pour moi, qui ne pars pas du système de la lex loci contractus, je ne fais pas la distinction indiquée plus haut. La question pour moi est de savoir si l'entreprise s'offre au public, comme assureur, dans le pays

où l'assuré-contractant est domicilié; un établissement qui ne fait que s'entremettre réalise cette condition.

Ma conclusion, abstraction faite de la tête du tiers, est que le juge appliquera, dans le cas indiqué, soit la loi du pays où se trouve le centre de l'entreprise, soit celle du pays où se trouve le domicile de l'assuré, si l'assureur a traité par l'entremise d'un établissement qu'il a fondé dans ce dernier pays. La substance du contrat se trouvera ainsi régie, sous la face internationale, par le droit d'une sphère locale de la vie active; le lieu, où le contrat a été conclu, n'aura qu'une valeur d'interprétation.

Si, sous la face internationale, le droit étranger applicable vient se heurter à une disposition prohibitive de la „lex fori", cette dernière sera prise en considération par le juge, non pas mécaniquement, mais d'après l'esprit de la loi que l'on invoque. Ici, je comprends que le juge tienne compte de la loi de son pays, en ce qui concerne le suicide par exemple, si l'assuré-contractant est domicilié dans ce pays. C'est une conséquence de la nature subjective de l'ordre public local.

Ce même ordre public local fera sentir son influence lorsqu'il s'agira de formes populaires de l'assurance personnelle, des assurances funéraires par exemple ou des retraites ouvrières. Si la loi d'un pays juge à propos de limiter la liberté de contracter, dans l'intérêt de certaines classes de la population, le juge du pays appliquera sans hésiter les dispositions de ce genre, si l'assuré fait partie de la classe de la population de son pays que le législateur a eu en vue. Le juge ne fait alors qu'appliquer la loi de son pays, dans l'esprit de cette loi.

Enfin, cette même donnée de l'ordre public local va me

venir en aide pour le cas où il y a un tiers, sur la tête duquel l'assurance repose, et qui peut être domicilié dans un pays autre que celui dont le droit régit la substance du contrat, en tant que l'on ne considère que l'assureur et l'assuré-contractant. La seule circonstance que le tiers est domicilié dans un pays fait-elle pénétrer profondément le contrat international d'assurance dans la vie active locale de ce pays? Ma réponse est négative. Le cas n'est pas même comparable à celui de l'assurance d'un immeuble contre l'incendie, qui présente au moins un groupe d'intérêts attachés à un territoire. Le domicile du tiers ne sera donc pas prépondérant, sous la face qui nous occupe, pour le droit international applicable, mais comme la loi, qui défend, par exemple, d'assurer la vie d'un tiers sans son assentiment, a un caractère d'ordre public local, le juge du pays où le tiers est domicilié lors du contrat, et dont la loi nationale renferme une disposition prohibitive de ce genre, pourra certainement, conformément à l'esprit de cette loi, refuser de donner suite au contrat. Il pourra donc y avoir ici un droit différent, selon que la question se pose dans un pays où dans un autre. C'est encore une conséquence de la nature subjective de l'ordre public local. Aujourd'hui que les assurances personnelles font partie de la vie active universelle, il serait très désirable d'arriver à un droit uniforme sur cette question de l'assurance conclue sur la tête d'un tiers.

Les circonstances attachées à la personne du bénéficiaire n'ont pas d'influence sur la substance du contrat. Mais il se peut fort bien que le bénéficiaire donne lieu à des difficultés, quand même le contrat d'assurance sur la vie se présenterait sous la face locale-nationale, de manière à exclure toute hésitation sur le droit applicable à l'assurance. Je songe à toutes ces questions de mariage et de régime

matrimonial, de succession et de légitime, de donations, de faillite, etc., etc.. Je ne veux pas m'en occuper ici ; il y a trop de controverses, même dans les droits nationaux. Il se peut encore que la police soit à ordre ou au porteur, et que l'assureur ait à tenir compte de la confiance que l'émission a dû raisonnablement inspirer à l'endossé ou au porteur, qui ont acquis le titre régulièrement et de bonne foi, mais on se trouve encore alors dans un autre courant d'idées, et il n'y a pas moins de controverses. Il vaut mieux que l'interprète du droit international attende que le terrain soit devenu plus solide.

4IÈME SECTION.

OBSERVATIONS SUR LES ENTREPRISES D'ASSURANCE.

§ 69. *Observations générales.*

Les questions qui se rattachent aux entreprises d'assurance ont une grande importance, et la comparaison des lois, sur ce terrain, est intéressante et instructive. Mais ces questions se présentent plutôt dans le droit public et administratif que dans le droit privé, et cette circonstance rend trop manifeste le caractère local des lois, pour qu'il y ait doute sur le droit applicable. C'est pour cela que je me contente d'observations. Je crois ces observations utiles. Quand même on voudrait ranger toute la matière dans le droit administratif, on devrait constater cependant que sur ce terrain la vie active universelle déborde aussi les frontières.

Les entreprises d'assurance sont le plus souvent des associations ou des corporations. En principe rien ne s'oppose à ce qu'un particulier exerce la profession d'assureur. Autrefois cela était la règle dans notre pays pour l'assurance maritime, et il reste des traces de cet état de choses. Mais la personne humaine est sujette à trop de vicissitudes pour qu'un particulier isolé puisse exercer, à la satisfaction du public, une profession qui forme en réalité l'administration d'un fonds commun, destiné à avoir une longue durée. Même une société en

nom collectif présente cet inconvénient. La nature des choses a conduit ainsi à la formation de grandes compagnies. Les lois commencent à consacrer cet état de choses. Ainsi la loi allemande du 12 Mai 1901, sur les entreprises particulières d'assurance, n'admet, dans son § 6 (1), pour certaines assurances, que les entreprises mutuelles qui se sont conformées à la loi (§§ 15—53) et les compagnies par actions.

Les entreprises d'assurances sont des entreprises particulières ou des corporations de droit public. Les premières sont des entreprises mutuelles ou des entreprises d'exploitation. Les secondes peuvent être des entreprises de concurrence ou des entreprises de monopole. Les premières touchent au droit administratif lorsqu'il y a une surveillance des autorités ; les secondes empruntent leur organisation au droit administratif.

§ 70. *Entreprises particulières.*

A. **Mutualité ou exploitation.**

Je considère les deux types comme connus, et je n'entends pas m'engager dans la question de savoir quel type est le plus avantageux. Quand on considère l'assurance comme une association, la différence entre les deux types n'est pas aussi grande qu'elle ne le paraît au premier abord. On reconnaît alors que dans les entreprises d'exploitation il y a aussi un fonds commun ; la surveillance administrative est basée sur cette circonstance.

---

(1) Dr. P. Alexander-Katz, *Gesetz über die priv. Versicherungsunternehmungen* (*1901*) *p. 26.*

La compagnie d'exploitation par actions emprunte directement sa forme au droit des sociétés. Elle se trouve acquérir ainsi la personnalité juridique ou du moins la qualité du sujet juridique distinct, qui lui est nécessaire.

L'entreprise mutuelle a aussi besoin d'une organisation et d'une personnification, au moins dans le droit de procédure. Sous ce rapport, les lois n'ont pas acquis le même degré de développement. Notre droit néerlandais forme, ici encore, un contraste avec le droit allemand. Notre droit reconnaît la société mutuelle (c. d. c. artt. 286 et 308), il ne lui refuse pas la personnalité juridique et il lui laisse une liberté à peu près entière de s'organiser et d'exercer sa profession, d'après les règles générales du droit d'assurance. Les questions, que soulève l'art. 286 du code de commerce, entre autres, ne seraient pas à leur place ici. La loi allemande de 1901 au contraire, règle longuement les institutions mutuelles, dans l'esprit des dispositions du code de commerce, auxquelles elle renvoie fréquemment, notamment en ce qui concerne les administrateurs, la surveillance intérieure, l'organe central formé par l'assemblée générale des intéressés et la liquidation. Ce soin s'explique dans une loi de surveillance sociale. Dans d'autres pays, il y a également des dispositions, spéciales, notamment en France, dans le décret du 22 Janvier 1868 (revisé en 1905), pris en exécution de l'art. 66 de la loi de 1867 sur les sociétés. Le code de commerce italien (art. 239 sqq.) a aussi posé quelques règles; il accorde notamment à l'association mutuelle, en ce qui concerne les tiers, la qualité d'être collectif distinct de la personne des associés.

Je n'ai pas à entrer ici dans cette belle et large question de la liberté des entreprises d'assurance ou de l'organisation d'une surveillance sociale. Dans le travail actuel il suffit de

constater que chaque législateur doit la résoudre, tout particulièrement pour les entreprises qui ont dans son pays leur centre administratif. La solution aura naturellement une grande influence sur le régime des entreprises étrangères, qui font des affaires dans le pays.

B. **Surveillance des autorités publiques.**

Cette surveillance existe dans un grand nombre de pays, avec des degrés dans la sévérité. Je viens de citer la loi allemande et la loi française, mais je crois inutile de faire une énumération. Dans notre pays il y a un certain nombre d'arrêtés royaux, d'ancienne date, dont la Cour de cassation (1) a refusé de reconnaître la force obligatoire, parce que la Cour Suprême est d'avis que le droit de régler la matière appartient exclusivement au pouvoir législatif.

Pour ceux qui veulent faire des études spéciales sur la question, la loi allemande du 12 Mai 1901 mérite une attention particulière. D'abord elle est toute récente, elle a pu s'inspirer des lois et ordonnances des pays étrangers et des dispositions législatives particulières des Etats allemands. Puis elle n'est pas protectionniste, bien qu'elle n'exclue pas absolument, pour une entreprise étrangère, un refus d'autorisation fondé sur des motifs économiques ou de rétorsion (§ 86 in fine). Elle forme, enfin, une loi fédérale, basée en partie sur le fait que les lois des Etats allemands traitaient quelquefois comme des sociétés étrangères les sociétés fondées dans un autre Etat allemand ; cependant, elle n'enlève pas aux Etats particuliers toute leur autonomie.

---

(1) Arrêt du 12 Avril 1880, Weekbl. No. 4498.

La loi ne soumet pas à la surveillance toutes les branches de l'assurance (§ 116). Pour les branches soumises à la loi, les principes fondamentaux sont l'autorisation préalable, accordée par les autorités des Etats particuliers ou les autorités de l'Empire selon les cas (§ 2 et suiv.), et pour les entreprises d'assurances sur la vie, la surveillance permanente, aussi effective que possible, des autorités administratives compétentes (§ 64 et suiv.), sur la base des dispositions de la loi, qui ont trait à l'administration financière des entreprises, au calcul de la réserve mathématique et au placement du fonds de réserve effectif. Le privilège, accordé en cas de faillite par le § 61, se rattache à ces dernières dispositions.

C. **Entreprises étrangères.**

Les lois qui soumettent les entreprises d'assurance, tout particulièrement dans le domaine de l'assurance sur la vie, à une surveillance, doivent naturellement imposer des conditions au moins aussi lourdes aux entreprises étrangères qui ont un établissement dans le pays.

La loi allemande de 1901 confirme cette conclusion. Les entreprises étrangères, qui font des affaires en Allemagne par des représentants, des fondés de pouvoir, des agents ou des intermédiaires d'autre sorte, sont soumises en général aux dispositions de la loi et à la surveillance de l'administration centrale (§§ 85, 91). La disposition la plus remarquable, au point de vue des relations internationales, est le § 90 qui déclare que les §§, relatifs à la réserve mathématique et au fonds de réserve des compagnies d'assurance sur la vie, ne s'appliquent aux entreprises étrangères que pour les contrats conclus dans le pays. J'ajoute que la loi, dans le § 57,

prévoit le cas opposé d'une entreprise allemande qui fait des affaires à l'étranger ; la loi la dispense de verser au fonds de réserve, à constituer en Allemagne, les sommes qu'elle est obligée de verser à l'étranger dans un fonds spécial, comme sûreté pour certaines assurances.

Dans bien d'autres pays les lois s'occupent encore des entreprises étrangères, particulièrement encore, uniquement même quelquefois, des entreprises d'assurance sur la vie. Quelques lois ont le régime de la réciprocité (1), d'autres imposent ou permettent d'imposer aux entreprises étrangères une caution (2). Il est intéressant de constater que sous le rapport administratif tout au moins, les lois distinguent soigneusement, pour les entreprises étrangères, entre les contrats de la sphère locale-nationale de la vie active et ceux d'une sphère étrangère. Les premiers sont le plus souvent désignés comme des contrats conclus avec une personne domiciliée dans le pays, et même, pour l'assurance relative aux immeubles, comme les contrats conclus pour un immeuble situé dans le pays par le représentant d'une compagnie étrangère (Loi allemande § 87). En Italie, d'après les règlements royaux et ministériels, publiés en exécution de l'art. 177 du code de commerce, les compagnies étrangères, exerçant leur profession en Italie, doivent faire un rapport spécial sur les profits et pertes des opérations faites en Italie. Le § 213 du code hongrois impose aux sociétés étrangères l'obligation de tenir des livres spéciaux pour les opérations faites en

---

(1) Code de commerce hongrois §§ 211, 217, 461. Loi autrichienne du 29 Mars 1873, § 3.

(2) Lois anglaises de 1870—1872. Loi fédérale suisse du 25 Juin 1885, art. 5. Ordonnance russe du 19 Novembre 1871.

Hongrie. L'article 7 de la loi fédérale suisse du 25 Juin 1885 exige même une spécialisation par canton. La loi néerlandaise du 2 Octobre 1893 sur l'impôt des revenus professionnels, art. 6 § 4, exige, pour les établissements étrangers, au point de vue fiscal, un compte spécial des primes et capitaux qu'ils reçoivent annuellement d'assurés domiciliés dans les Pays-Bas.

D. **Application du droit.**

Comme il a été dit, il est certain que chaque juge appliquera les lois administratives et fiscales de son pays. Les entreprises d'assurance, qui ont le monde pour terrain d'action, seront ainsi assujetties à toutes les lois du monde, si elles ont partout des établissements. C'est leur affaire, dira-t-on. Je le veux bien, mais n'est-ce pas un peu l'affaire de la communauté juridique universelle ? Dans les fédérations d'Etats, l'influence d'une communauté, plus large que les territoires des Etats qui constituent la confédération, se fait sentir, notamment en Suisse et en Allemagne. Pour le monde, une centralisation de la surveillance, avec ou sans délégation de cette surveillance à l'Etat où se trouve le centre administratif de l'entreprise, ne sera pas de sitôt à l'ordre du jour. Mais j'ai cru pouvoir, sans risquer de passer pour un songe-creux, en faire l'objet d'une observation.

---

§ 71. *Entreprises publiques.*

A. **Aperçu général.**

Le droit applicable aux entreprises publiques est encore plus nettement indiqué que celui qui a trait à la surveillance

des entreprises privées. Aussi un aperçu suffira-t-il amplement.

On trouve dans les temps anciens des traces d'entreprises d'assurance organisées par l'Etat. Il en est question dans le droit maritime portugais au XIV[ième] siècle (1). BIJNKERSHOEK, dans ses *Quaestiones Juris privati* (IV, I), en parle aussi. Cependant les entreprises publiques ne se sont développées que plus tard, d'abord par les assurances communales et régionales et de nos jours surtout par les assurances ouvrières.

Des assurances communales et régionales contre l'incendie existent encore dans plusieurs pays, notamment en Allemagne, en Suisse et en Norvège. L'exposé des motifs du projet allemand de 1903 (2) donne une énumération des dispositions particulières que le § 181 laisse en vigueur. Il y a aussi en Suisse des assurances locales et régionales contre la grêle et les maladies du bétail.

Mais c'est surtout dans la matière des assurances ouvrières que les entreprises publiques ont trouvé un terrain d'action. Je considère l'histoire du mouvement comme connue. La comparaison des lois existantes a été faite par des spécialistes. Le mouvement est plus ou moins accéléré selon les conditions économiques des pays. Les changements fréquents dans les lois relativement anciennes — de la fin du XIX[ième] siècle — et le grand nombre des lois nouvelles rendraient tout de suite démodé un travail comparatif. Pourtant je n'ai pas voulu passer la question sous silence.

Les assurances publiques présentent des nuances intéressantes. Elles peuvent être constituées par voie de concurrence. La commune, la province ou le canton, l'Etat lui-même, peuvent créer des fonds d'assurance auxquels les intéressés

---

(1) GOLDSCHMIDT, *Univ. Gesch.*, p. 356 note 12.

(2) p. 46 note 1.

sont libres de s'adresser. Les institutions publiques de ce genre comptent sur la confiance que l'autorité inspire, sur les garanties de bonne administration et de solidité dans les placements qu'elle présente, sur les conditions avantageuses qu'elle peut faire en limitant les sacrifices des citoyens au strict nécessaire imposé par la statistique et le calcul. L'assurance peut être obligatoire, sans que les intéressés soient obligés de s'adresser à l'institution publique ; l'obligation de s'assurer est alors une mesure de prévoyance sociale. Enfin, il peut y avoir obligation avec monopole. Il y a divergence sur la question de savoir si les assurances sociales sont des assurances véritables ou des mesures de prévoyance qui n'ont de l'assurance que l'apparence; par suite, on se demande si elles appartiennent uniquement au droit public ou si elles conservent tout au moins des atomes du droit privé. C'est de la doctrine plus ou moins transcendante. Une chose est certaine, c'est que les assurances sociales sont soumises aux mêmes lois des sciences exactes que les assurances bourgeoises. Le plus puissant des Etats est incapable de tirer d'un nombre plus d'unités qu'il n'en contient.

Je crois pouvoir dire que les assurances, conclues par les entreprises publiques, ne se présenteront guère que sous la face locale-nationale. Le juge n'aura à appliquer que le droit de son pays, tant parce que c'est toujours dans ce pays que se trouve le centre administratif de l'entreprise, que parce que les contrats ne pénètrent jamais profondément dans une sphère étrangère de la vie active. Pour les assurances de ce genre, il n'y aura guère de procès devant des juridictions étrangères.

Cependant la vie active internationale déborde les frontières des Etats, en ce sens au moins que le juge peut avoir

à déterminer la portée exacte des lois de son pays, et que cette tâche peut faire naître des difficultés qui ressemblent singulièrement aux difficultés du droit international privé. Ces questions sont neuves, je dirais presque vierges. Il faut les aborder avec une certaine prudence.

B. **Les assurances sociales et la vie active universelle.**

La grande question est de savoir à qui l'Etat imposera une cotisation ou une prime et qui bénéficiera de l'assurance. Cette question est inévitable. En somme, l'assurance majestueuse de l'Etat a, comme sa sœur l'assurance privée, un fonds commun de prévoyance, qui nécessite des petits ruisseaux alimentant la grande rivière, dans laquelle on puisera en cas de besoin. Or, des patrons, établis dans un pays, feront souvent, tout au moins temporairement, des opérations dans un autre pays ; des travailleurs étrangers passeront la frontière, s'établiront pour un temps ou à demeure ; un accident ou une maladie peuvent les atteindre ; ils peuvent devenir infirmes ou vieux après avoir travaillé dans dix pays différents. Les lois peuvent rester muettes, mais la vie pose les questions. En fait, plusieurs lois ont commencé à ébaucher des règles de droit.

La loi allemande sur les accidents du travail, du 30 Juin 1900, s'applique en principe à tous ceux qui exercent en Allemagne, même temporairement, une profession soumise à l'assurance obligatoire, mais son § 4 prévoit la conclusion de traités avec les Etats, qui ont aussi une assurance du même genre, de manière à supprimer l'obligation, à charge de réciprocité, pour les opérations faites en Allemagne, mais qui se rapportent à la sphère d'activité d'un établissement

étranger. La même loi (§ 24) prévoit le cas d'un accident arrivé en Allemagne à un ouvrier dont les représentants légaux habitent l'étranger, et le § 94 s'occupe d'un accident qui a lieu à l'étranger, mais qui atteint une personne assurée en Allemagne. Quelquefois les dispositions légales sont déterminées par des considérations particulières. Ainsi la loi allemande du 13 Juillet 1899 sur les assurances contre l'invalidité, (§ 4) exige une cotisation pour les ouvriers étrangers, qui ne sont pas soumis à l'assurance, mais qui sont employés en Allemagne; on a craint que sans cela on n'employât de préférence des ouvriers étrangers (1).

Notre loi néerlandaise du 2 Janvier 1901 sur les accidents du travail — la première loi du XX[ième] siècle dans notre pays — a essayé, dans son article 9, de régler la question internationale par le texte même de la loi, en partant du principe que la loi s'applique au patron, dont l'entreprise est établie dans les Pays-Bas, même pour les opérations de sa profession qui se font à l'étranger, pourvu qu'il s'agisse d'un travailleur qui a son domicile dans les Pays-Bas. Le même article s'efforce d'organiser une réciprocité sans traité.

La loi française du 9 Avril 1898, sur les accidents du travail, article 3, C., refuse l'indemnité aux représentants d'un étranger frappé d'un accident en France, lorsque ces représentants ne résidaient pas en France au moment de l'accident (2); l'étranger, victime de l'accident, qui cesse de résider sur le territoire français, reçoit, pour toute indemnité, un

---

(1) *Jahrbücher für Gesetzg. Verwalt. u. Volkswirthschaft*, 1900, p. (709).

(2) Cour d'appel de Paris, 7[ième] Ch., 16 Mars 1901, Journal de *Clunet* 1901 p. 520. La Cour refuse d'appliquer l'art 1382 c. c. Conf. E. Serre. *Les ouvriers étrangers et la législ. franç. sur les acc. du travail*; ibid. 1902, p. 977, et un article dans la *Belgique Judiciaire* du 19 Mai 1901.

capital égal au triple de la rente (1). La loi du 20 Juillet 1886 sur la caisse nationale de retraites pour la vieillesse fait aussi mention des étrangers dans son article 14, mais seulement pour leur refuser une bonification. Une loi du 31 Mars 1905, modifiant celle de 1898, citée plus haut, prévoit la conclusion de traités avec les puissances étrangères (2).

Plusieurs traités de ce genre ont déjà été conclus, notamment entre la Russie et l'Allemagne (3).

Il est entendu qu'en cette matière chaque législateur est maître chez lui. Mais il y a une communauté juridique universelle. Ce n'est pas que je demande tout de suite une loi internationale. La matière est neuve et il faut que le droit international soit codifié à son heure. On finira par comprendre qu'il suffit que toute entreprise paie une fois la prime ou la cotisation nécessaires, mais qu'il faut que tout travailleur soit assuré, quelle que soit sa nationalité et en quelque lieu qu'il habite ou qu'il aille s'établir. Une coopération internationale des administrations peut donner aux assurances sociales une base aussi solide que les lois de l'algèbre, qui sont le patrimoine commun de l'humanité.

(1) Conf. les décisions judiciaires dans le Journal de *Clunet*, 1900, pp. 119, 144, 525; 1901, p. 108; 1902, p. 99.

(2) Raynaud, dans le Journal de *Clunet* 1905, p. 899.

(3) 7 Mars 1901. Journal de *Clunet* 1903, p. 476.

5ième GROUPE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.

CONSOLIDATION D'UNE SITUATION JURIDIQUE.

§ 72. *Examen général et division de la matière.*

La vie pratique présente des contrats de toute espèce, nommés et innommés, et aucun système de classification ne peut se flatter d'épuiser la matière. Il est cependant encore une rubrique générale, qui permet de rattacher les uns aux autres un certain nombre de contrats, c'est la rubrique que j'ai donnée au groupe qui va nous occuper : la consolidation d'une situation juridique. Il y a des contrats qui supposent l'existence d'une situation juridique, qu'ils ont pour but de régler, et comme il faut qu'au moins l'une des parties voie un avantage à ce règlement, on peut dire que le contrat nouveau, qui se greffe sur la situation juridique existante, vient la consolider.

Dans ce sens large, il y a beaucoup de contrats de consolidation. Cependant je ne songe pas à les traiter tous. Il y en a qui sont à peu près entièrement du domaine de la doctrine; d'autres qui présentent plutôt des controverses que des points de droit comparé ; d'autres enfin qui ne nous offrent pas de particularités, se rattachant à la substance des obligations.

C'est ainsi que je me contente de mentionner la novation. Le code civil français et les législations qui l'ont suivi en

font un mode d'extinction des obligations. Le code fédéral suisse est rédigé dans le même sens. Le code civil allemand (1) a cru pouvoir passer la novation sous silence; la règle d'interprétation du § 364 ne s'y rattache même qu'indirectement (2). La question me paraît du domaine de la doctrine. Au reste, d'après le droit commun international, les parties sont libres de modifier, par un contrat nouveau, leur situation juridique, et lorsque ce dernier contrat se produit dans la vie active internationale, c'est son interprétation qui forme le point dominant (3).

Je ne donne qu'une mention également aux actes recognitifs et confirmatifs que le code civil français et le code néerlandais, qui a suivi le premier, règlent dans la partie de leurs dispositions consacrée à la preuve, et que le code italien a transportés dans la section qui traite des actions en nullité ou en rescision (artt. 1309 et suiv.) (4). C'est encore un point de doctrine et il est impossible de renvoyer d'avance à une loi pour des faits juridiques dont la nature est sujette à controverse. Si la convention entachée d'un vice et le prétendu acte de confirmation, exprès ou tacite, appartiennent à la même sphère locale de la vie active, il n'y a pas de doute sérieux et si la chose se présente autrement, la solution dépendra des circonstances, en tenant compte, autant que de raison, du droit qui régit la convention entachée du vice.

Quant aux dispositions du code civil allemand sur la promesse non causée et la reconnaissance abstraite d'une dette

(1) Motifs, II, p. 78.

(2) Dernburg, op. cit., § 119, II.

(3) Conf. von Bar, op. cit., II, nº. 278.

(4) Conf. Baudry-Lacanterie et Wahl op. cit., XIII, nºs. 1984 et suiv., nºs 2499 et suiv.

(§§ 780—782) elles méritent mieux qu'une mention faite en passant, mais, s'il est vrai que par quelques textes la question soit sortie du domaine de la doctrine, il n'y a pas accord, dans le droit comparé, sur l'existence même d'une convention abstraite de reconnaissance de dette; les lois qu'il faudrait comparer sont relatives à des institutions juridiques d'ordre différent. Le mouvement de la science allemande, en cette matière, a eu pour point de départ la doctrine de la cause et a été dû, en grande partie, au travail célèbre de Bähr (1). Les §§ cités du code civil allemand admettent l'existence de la promesse abstraite et de la reconnaissance de dette, comme contrats d'une espèce spéciale, et se contentent d'exiger la remise d'un écrit, sauf l'exception du § 782 du code civil et celle du § 350 du code de commerce. La loi pose seulement le principe; le § 684 du projet primitif, qui réglait expressément les suites de la remise du document, n'a pas été reproduit. C'est à la science et à la pratique judiciaire qu'il appartient de développer l'institution juridique. Dans le travail de Dernburg, sur le nouveau droit civil allemand (2), la promesse non causée est rattachée aux contrats abstraits, et l'auteur nous affirme que la lettre de change en forme le type le plus complet. L'institution générale a pour but de donner au créancier un moyen d'action prompt et énergique. Cependant Dernburg ne va pas jusqu'à vouloir que le débiteur soit lié et baillonné. Il lui permet de faire valoir, par voie d'action ou d'exception, des faits qui établissent que le titulaire du document s'est enrichi ou s'enrichirait injustement à ses dépens, conformément au § 812 du code civil. C'est à lui, débiteur, de prouver ces faits, mais il n'a pas besoin de prouver, comme l'enseignait

(1) *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel 1855.
(2) Op. cit., II, § 89 I.

Bähr dans le temps (1), qu'il y a eu de sa part une erreur excusable. Il lui appartient aussi d'établir que le document cache une opération contraire à une loi prohibitive, une dette de jeu ou une relation immorale (§ 138), ou qu'il forme une donation promissive, sans que les formalités légales (§ 518) aient été observées.

Le droit français en est resté à ce qui a été le point de départ de la science allemande, la doctrine de la cause. Sans doute on aboutira à peu près au résultat pratique du système que Dernburg développe dans le droit allemand, si l'on admet, en droit français, que la cause se présume (2), ce qui met le fardeau de la preuve sur les épaules du débiteur, mais le contrat abstrait a une autre portée. Dans notre droit néerlandais, la question est controversée. Le code civil italien, lui, a introduit dans la matière un article (1121), qui dit que la cause se présume jusqu'à preuve contraire. La loi fédérale suisse, dans son article 15, dit: „La reconnaissance d'une dette est valable, encore que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée".

Dans le droit anglais, ce que les auteurs appellent *„consideration"* joue un grand rôle, mais Addison nous enseigne que la remise d'un titre muni d'un sceau vaut *„cause, motive or consideration";* il dit aussi que dans un règlement de compte la simple reconnaissance vaut comme titre prima facie (3).

Dans ces circonstances, alors que l'existence d'un contrat spécial de promesse abstraite ou de reconnaissance de dette

---

(1) Op. cit., § 19.

(2) Laurent, *Principes*, XVI, nos. 111 et suiv.

(3) Op. cit., pp. 2 et suiv., p. 1048. Conf. Rankine Wilson dans la Law. Mag. and Rev. 1901 (XXVII) p. 273, 1903, p. 25.

n'est pas admise généralement, je n'oserais pas dire, avec MEILI (1), que le contrat de reconnaissance (Anerkennungsvertrag) est régi par la loi du domicile de celui qui déclare reconnaître. Il y a dans ce système un principe juste, mais dont l'applicabilité est douteuse dans notre cas. Ce principe est que la mesure d'une obligation, qu'une personne s'engage à remplir en devenant partie dans un contrat, est déterminée par la confiance inspirée à la partie adverse, considérée comme personne sérieuse et raisonnable, et que lorsqu'il y a une déclaration, émanant du seul débiteur et acceptée par le créancier, ce dernier a pu, en homme sérieux et raisonnable, attacher à la déclaration le sens que lui donne le droit du lieu où le débiteur a le centre de sa vie active. Mais, ici, la question est précisément de savoir s'il y a un contrat, ou même un fait juridique produisant une obligation particulière. C'est pourquoi je serais seulement disposé à admettre que lorsqu'il y a remise d'un document entre deux personnes domiciliées dans le même pays, les effets de cette remise seront régis par la loi de ce pays, parce que la relation juridique née de la remise appartient à la sphère locale de la vie active, soit nationale, soit étrangère. Mais si cette localisation bien nette ne peut pas être établie, je ne vois pas de motif logique d'admettre l'existence d'un contrat abstrait, sur la seule base du domicile du débiteur. J'aime mieux dire que le juge déterminera par les circonstances si les deux parties ont dû comprendre que la remise du document avait le caractère d'un contrat ou d'un fait productif d'une obligation particulière, et que ce n'est qu'après avoir donné à cette question une réponse affirmative qu'il y aura lieu

(1) Op. cit., II, § 114. Voir les exceptions p. 52.

d'appliquer le principe indiqué plus haut. Ici encore, il vaut mieux constater une lacune du droit international que s'incliner devant un système, qui a le mérite de trancher le nœud gordien, mais qui n'a que ce mérite là.

Somme toute, après avoir écarté quelques contrats ou prétendus contrats, il me reste les contrats de sûreté, qui ont pour but de donner à une obligation une garantie particulière, et la transaction, qui tend à remplacer une situation juridique incertaine par une situation consolidée. Mais en passant en revue les contrats de sûreté, je ne retiens que celui de sûreté personnelle, en réservant pour d'autres travaux le gage et l'hypothèque. Ce n'est pas qu'on ne puisse distinguer les contrats, par lesquels on s'engage à établir ou par lesquels on établit un gage ou une hypothèque, des droits de gage et d'hypothèque considérés en eux-mêmes, mais ces derniers dominent tellement la matière qu'il vaut mieux placer le gage et l'hypothèque, avec les conventions constitutives de droits réels qui s'y rattachent, dans la catégorie des biens et des droits patrimoniaux. Cela est de bonne méthode, même lorsqu'il s'agit d'un droit de gage ayant pour objet une créance ; cette créance est alors considérée comme élément du patrimoine du créancier. Le code fédéral suisse des obligations a cru devoir régler le droit de gage (art. 210 et suiv.) mais il y a eu là une considération de politique intérieure ; les législations cantonales ne pouvaient être maintenues, sur ce point, sans nuire à l'application uniforme du code fédéral. Le code suisse règle aussi, dans la matière des obligations, la transmission de la propriété mobilière (art. 199 et suiv.), comme l'avait fait aussi, en partie, le code de commerce allemand primitif.

Les deux matières que je retiens en fin de compte sont le *cautionnement personnel* et la *transaction*.

§ 73. *Le cautionnement personnel.*

A. **Considérations générales.**

J'entends concentrer l'attention sur le contrat de cautionnement personnel. L'obligation de fournir caution ou plus généralement de donner des garanties se prête mal à une étude, elle dépend toujours de quelque chose d'extérieur, une convention, une loi ou une décision judiciaire, décision basée elle-même sur une convention ou sur une loi. On ne peut donc pas dire d'avance et d'une manière générale quel droit régit cette obligation.

Les législations, en matière de cautionnement, ne sont pas foncièrement différentes. L'institution juridique dont il s'agit est d'ancienne date, et répond partout aux mêmes besoins. Les lois reposent sur l'idée que d'un côté le cautionnement présente certains dangers, par la légèreté avec laquelle on s'engage à remplir l'engagement d'un autre, et que d'un autre côté il est une chose éminemment utile, parce qu'il renforce le crédit de celui qui ne peut offrir d'autre garantie que son honnêteté. Il y a des nuances dans la manière dont les législations ont développé cette idée, mais il n'y a guère de points bien saillants.

Les dangers que le cautionnement peut présenter ont donné lieu aux dispositions légales sur la capacité et sur la preuve, dispositions que, selon mon habitude, je ne mentionne ici qu'en passant. L'incapacité des femmes, en matière de cautionnement, tend à disparaître ; elle n'existe ni en France, ni dans notre pays, et ses restes ont été abolis en Allemagne (1). Dans le code civil portugais de 1867, l'article 819 défend en principe

(1) Motifs du proj. d. c. c., II, 657.

le cautionnement aux femmes non commerçantes. Quant à la forme, les nuances sont plus marquées. Le code civil français n'en exige aucune, mais les dispositions légales sur la preuve testimoniale en matière civile viendront s'appliquer ; l'applicabilité de l'art. 1326 du C. C. est controversée. Le code fédéral suisse exige la forme écrite pour la validité du cautionnement (art. 491) (1). C'est aussi ce que dit le code civil allemand dans son § 766, mais en ajoutant que l'accomplissement de l'obligation principale par la caution couvre le vice de forme (2). Le code de commerce allemand (§ 350), dispense de l'observation d'une forme, lorsque le cautionnement est un acte de commerce pour la caution, sauf le retour à la règle, établi dans le § 351.

Les avantages du cautionnement ont conduit les législateurs à régler soigneusement les relations juridiques qu'il fait naître, et à prévoir les cas qui peuvent se présenter, de manière à permettre aux parties de simplifier les documents. Les lois diffèrent, plutôt par suite de l'état de la science à l'époque où elles ont été rédigées, que dans les principes. C'est ainsi que je m'explique pourquoi les lois ont si longuement réglé le cautionnement, alors qu'elles ne s'occupent pas de l'assurance de la solvabilité, qui se fait par un homme du métier, sur des calculs de probabilité (3). Je vais passer en revue quelques différences, que l'on trouve dans les lois et qui m'ont paru être un peu plus saillantes que les autres. Au reste, il est toujours intéressant de déterminer le droit qui régit le

(1) Conf. Meili, op. cit., § 111, n°. 4, où l'on trouve une comparaison curieuse entre l'art. 12 de la loi suisse et les §§ 126 et 127 du code civil allemand.

(2) Conf. Dernburg, op. cit., II², § 284, note 12.

(3) Motifs du projet de code civil allemand, II, p. 658.

cautionnement, les nuances les plus légères peuvent devenir d'une importance majeure par les circonstances.

B. **Quelques données comparatives.**

a. *obligations nulles ou annulables.*

D'après les codes français, néerlandais, suisse et d'autres encore, une obligation annulable peut être cautionnée, mais il y a des nuances. Selon les termes des lois françaises et néerlandaises (art. 2012 c. c. français, art. 1858 c. c. néerl.) celui qui s'est porté caution pour une dette contractée par un incapable est obligé comme caution, sans pouvoir opposer l'exception personnelle à l'incapable (1). Le code fédéral suisse (art. 492) parle en même temps de l'erreur et de l'incapacité, et n'oblige la caution que si, au moment où elle s'est engagée, elle connaissait le vice dont le contrat était entaché du chef du débiteur principal. Les codes civils portugais (art. 822) et espagnol (art. 1824) exceptent tous deux un prêt fait à un fils de famille mineur. Dans le droit allemand (§ 768 c. c.) la caution peut opposer les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, sauf en cas de décès de ce dernier, lorsque les héritiers ne sont responsables que d'une manière limitée des dettes de la succession. Mais le § 770 ne lui donne qu'un moyen dilatoire lorsqu'il s'agit d'une annulabilité proprement dite (2), ou d'une compensation.

b. *les antiques bénéfices.*

Le droit français, comme le droit néerlandais, donne à la caution les bénéfices de discussion et de division. Le droit

---

(1) Laurent. *Principes* XXVIII, 135. Diephuis *Ned. Burg. Recht* XIII, 284. Baudry-Lacantinerie et Wahl, op. cit. XXI, n⁰. 945.

(2) Conf. Dernburg, op. cit. II², § 287 II.

allemand donne et règle le bénéfice de discussion (§ 771 code civil et suiv.), bénéfice qui disparaît dans certains cas, par exemple lorsque le cautionnement est un acte de commerce pour la caution (§ 349 c. d. comm.); il ne donne pas le bénéfice de division. Dans le droit italien, (art. 40 c. d. comm.) il faut distinguer entre la dette commerciale et la dette civile. Je n'insiste pas, l'usage de renoncer expressément aux bénéfices efface les différences.

c. *la caution et le créancier.*

Plusieurs législateurs ont essayé de préciser les obligations de la caution, quant aux accessoires et aux accessions de la dette principale. Le code civil français en parle dans son article 2016; la loi suisse, article 499, fait mention des suites de la faute et de la demeure du débiteur principal; le code civil allemand a énuméré dans son § 767 les charges qui pèsent sur la caution.

Le fait que la caution ne répond que subsidiairement, a pour conséquence que le créancier doit prendre, de bonne foi, les mesures nécessaires, sinon pour poursuivre avec acharnement et sans perdre un instant le débiteur principal, du moins pour ne pas nuire sans raison à la caution. Mais les lois présentent encore des nuances et n'ont souvent prévu que quelques cas. Ainsi le code civil français, article 2037, ne parle que de certains faits de nature à rendre plus mauvaise la situation de la caution. La loi fédérale suisse a plusieurs autres cas; les articles 502 et 503 imposent au créancier une certaine diligence; l'article 507 l'oblige à prêter son aide à la caution pour le recours; l'article 510 veut même qu'il produise dans la faillite du débiteur principal – c'est en réalité un point du droit de faillite — et qu'il informe la

caution. Dans le code civil allemand, les §§ 776 et 777 prévoient une décharge de la caution comme suite de certains actes du créancier ou de son manque de diligence.

d. *la caution et le débiteur principal.*

La subrogation légale de la caution, qui a payé, à tous les droits que le créancier avait contre le débiteur, est généralement admise (1). Fort généralement aussi la caution peut, dans certain cas, agir contre le débiteur principal, avant qu'elle ait payé (2). Le code civil allemand exprime, dans son § 775, que les droits, énumérés dans ce §, n'appartiennent à la caution que lorsque celle-ci a eu mandat de se porter caution ou lorsqu'elle peut invoquer les principes de la gestion d'affaires. Dernburg, tout en critiquant le terme „mandat" (Auftrag) employé dans le § en question, expose, avec sa netteté habituelle, les différences que le droit allemand fait entre l'action exercée par subrogation et l'action fondée sur un mandat ou sur une gestion d'affaires (3).

e. *pluralité de cautions.*

Le code civil français, dans son art. 2025, établit que lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette. L'art. 1873 du code civil néerlandais reproduit exactement ces expressions, ainsi que l'art. 1911

---

(1) Code civil français, art. 2029. Code fédéral suisse art. 504. Addison cite la loi 19 et 20 Vict. C. 97, s. 5.

(2) Code civil français, art. 2032. Code civil néerlandais, art. 1880, modifié par la loi du 30 Janvier 1896. Code civil espagnol art. 1843.

(3) Op. cit. II^2, § 289.

du code italien. Le code civil allemand (§ 769) établit la solidarité, même lorsque le cautionnement n'a pas été conclu collectivement. Le code civil espagnol veut que la solidarité soit stipulée expressément (art. 1837). Le code fédéral suisse, dans son art. 496, dit que si plusieurs personnes ont cautionné conjointement une dette divisible, chacune d'elles est obligée comme caution pour sa part, et comme certificateur de caution pour les autres, mais le second alinéa prévoit une clause de solidarité. Ce sont encore des différences que la pratique tend à effacer; le créancier, qui exige un cautionnement avant de faire crédit au débiteur principal, a soin le plus souvent de stipuler le maximum de garanties.

Il est assez juste en principe que la caution, qui a été obligée de payer, ait un recours contre les autres cautions, pour leur part et portion. Mais il y a bien des nuances dans la manière dont ce droit est donné dans les lois. Le code civil français ne l'accorde, dans son article 2033, que si la caution a payé dans l'un des cas de l'art. 2032 (1). L'art. 1920 du code italien a la même rédaction. L'art. 1881 du code civil néerlandais, modifié par la législation sur les faillites, est encore moins large. Il y a des restrictions aussi dans les articles 845 du code civil portugais et 1844 du code civil espagnol. Le code civil allemand renvoie, dans le § 774, à la disposition générale du § 426 sur les débiteurs solidaires Le droit anglais admet aussi, au témoignage d'Addison, le principe général du recours de caution à caution (2).

---

(1) Laurent, *Principes* XXVIII, nos. 264, 265. Baudry-Lacantinerie et Wahl, op. cit. XXI, no. 1099.

(2) Op. cit. p. 669.

C. **Application du droit.**

Le cautionnement a attiré tout spécialement l'attention dans les travaux voués au droit international privé. Von Bar (1) en parle brièvement, mais avec son bon sens habituel. Meili (2) a un peu développé les idées de von Bar ; Brocher (3) et surtout Rolin (4) sont entrés dans des détails, en examinant successivement les divers articles du code civil français, qui se trouvent dans le titre du cautionnement. C'est de la bonne besogne, qui prouve une de fois de plus que tous les systèmes peuvent, dans certains cas, donner quelques résultats. Mais je ne me crois pas dispensé de reprendre la matière.

Je m'occuperai d'abord de la question principale, la substance du cautionnement considéré comme rapport entre le créancier et la caution, puis je traiterai des rapports entre le débiteur principal et la caution et de ceux entre les cautions.

Quand peut-on dire que le cautionnement, indépendamment de la capacité, de la forme et de la preuve, appartient à la vie active locale-nationale, ce qui entraîne pour le juge national l'obligation d'appliquer, à la substance du contrat, le droit de son pays ? Il y a deux éléments décisifs pour le but social de la relation juridique, l'obligation principale et le domicile de la caution. Il faut qu'il y ait une obligation principale ; sa validité et toutes les circonstances qui s'y rattachent influent sur le cautionnement ; son étendue détermine le maximum des obligations de la caution. Mais les conditions, sous lesquelles la caution

---

(1) Op. cit., II, pp. 109, 110.
(2) Op. cit., II, § 111.
(3) Op. cit., II, n°. 232, sqq.
(4) Op. cit., III, n°. 1399 sqq.

s'est engagée et qui déterminent le droit du créancier de s'adresser à elle, ne dépendent pas de l'obligation principale, mais de l'engagement personnel pris par la caution. Or, ici. la question se présente tout autrement que dans le cas d'une reconnaissance abstraite, indiqué plus haut. Les deux parties ont eu certainement en vue un contrat productif d'obligation. il s'agit seulement de déterminer à quoi et sous quelles conditions la caution s'est engagée. et le créancier, en homme sérieux et raisonnable, a pu donner à la déclaration, faite par le débiteur, le sens qu'elle a au lieu où le débiteur a le centre de sa vie active. C'est dans cet esprit qu'un grand nombre de lois parlent d'une interprétation restrictive du cautionnement (1). La nationalité des parties — abstraction faite du texte de certaines lois — n'a pas, d'une manière générale, cette importance, bien qu'elle puisse être un élément d'interprétation, lorsque chaque partie connaît la nationalité de l'autre partie. Le domicile du créancier. le lieu où le cautionnement a été conclu, celui où le document a été signé ou remis au créancier, n'ont rien de décisif. Lorsque le cautionnement aura été donné par une personne domiciliée dans le pays du juge et pour une obligation qui elle-même est soumise au droit de ce pays, le juge appliquera au cautionnement le droit local-national. Cela s'étendra aux exceptions et moyens de défense de la caution, aux bénéfices qu'elle peut invoquer, aux devoirs du créancier qui sont des conditions de l'obligation de la caution. Pour autant que les parties ont fait une convention explicite ou qu'il résulte des circonstances qu'il faut interpréter autrement ce qu'elles ont dit ou fait, l'autonomie des parties se fera valoir, dans les limites

(1) Art. 2015, Code civil français; Art. 1827, code civil espagnol, etc.

que la loi locale a tracées. La nationalité commune des parties, et même la nationalité de la caution auront ainsi toute l'influence qui leur appartient légitimement, de même que toutes les autres circonstances.

Le cautionnement se présentera sous la face locale-étrangère lorsqu'il aura été donné par une personne, domiciliée ou établie dans un pays étranger déterminé, pour une obligation qui elle-même est soumise au droit de ce pays. Le juge appliquera alors le droit étranger, le droit de la sphère de la vie active à laquelle la relation juridique appartient. Je ne vois aucune considération d'ordre public universel ou même local qui puisse s'opposer à l'application de ce droit. L'autonomie aura son influence légitime, dans les limites que lui assigne le droit local-étranger.

Lorsque l'obligation principale n'est pas régie par le droit du pays où la caution est domiciliée, le cautionnement se présentera sous la face internationale. Les auteurs que j'ai cités ont tous senti, grâce à leur bon sens juridique, que ce serait un procédé mécanique que de faire un choix entre la loi qui régit l'obligation principale et la loi du domicile de la caution, mais qu'il fallait tenir compte, dans une mesure indiquée par la nature de la relation juridique, des deux droits en présence (1). C'est aussi la conclusion à laquelle j'aboutis. La loi qui régit l'obligation principale ne sera pas sans influence, mais la mesure de cette influence sera indiquée par une saine application de la loi du domicile de la caution, au moment où elle prend son engagement. C'est bien le domicile de la caution qui est l'élément prédominant, qui fait que la

---

(1) Cour de l'Empire d'Allemagne 23, IV, 1903, dans la *Zeitschrift* de Böhm-Niemeyer 1903, p. 423.

relation juridique pénètre dans la vie active locale du pays où se trouve ce domicile ; la caution sera donc liée sous les conditions de la loi de son domicile, mais, à moins que cette dernière ne méconnaisse complètement la nature du cautionnement, l'obligation de la caution sera limitée par l'étendue de l'obligation principale, et pour savoir quelle est cette étendue, il faut recourir au droit qui régit cette obligation principale. De cette manière les deux lois s'appliquent harmoniquement. Notre principe nous donne une bonne solution lorsque les deux droits sont enchevêtrés et que les textes sont contradictoires. Ainsi, d'après le droit français, abstraction faite des divergences que soulève l'interprétation de l'art. 2012 du code civil (1), la caution ne peut opposer l'exception „purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité". D'après le droit suisse, la caution le peut, à moins qu'elle n'ait connu la circonstance en question ; d'après le code civil allemand elle le peut toujours. Si deux lois se trouvaient enchevêtrées de cette manière, ce serait la loi domiciliaire de la caution qui dominerait.

Si maintenant on passe aux relations entre la caution et le débiteur principal, on reconnaît facilement, grâce au droit comparé, que ces relations ne dérivent pas du contrat de cautionnement, mais du rapport juridique qu'il peut y avoir entre ces deux personnes. Le cautionnement n'est pas nécessairement un contrat de bienfaisance à l'égard du débiteur principal ; la caution peut être intéressée ou même salariée, elle peut exécuter un mandat ou avoir agi comme gérant des affaires d'autrui. Les lois donnent si généralement le droit de subrogation, dans tous les cas, que la question de savoir quelle loi le régit me paraît

(1) LAURENT, *Principes* XXVIII, n°. 135.

peu pratique; si l'on voulait la résoudre, je préférerais m'attacher au droit de l'obligation principale qu'à celui du lieu de paiement (1); il s'agit de savoir si l'obligation principale, au lieu de s'éteindre par le paiement, existe encore comme lien de droit au profit d'un autre créancier. Les droits des tiers peuvent être engagés d'ailleurs, comme le suppose l'art. 507 de la loi fédérale suisse, en matière d'hypothèque. Quant au droit de la caution d'agir contre le débiteur principal avant d'avoir payé, il dépendra entièrement de la localisation de la relation juridique qui peut exister entre la caution et le débiteur principal; il faut que ce droit, repose sur une règle de droit qui, dans les circonstances de la cause, lie les deux intéressés.

J'arrive enfin au cas où il y a plusieurs cautions. Le fait d'avoir cautionné la même dette d'un même débiteur n'établit pas nécessairement une relation juridique entre les personnes qui ont cautionné. S'il n'y a pas eu un accord entre les cautions, accord qui éventuellement pourra être déduit des circonstances, il faudra recourir à une loi, qui seule peut attacher des effets juridiques au simple fait du cautionnement multiple. Si les différentes cautions sont domiciliées dans le même pays, on peut fort bien admettre, quand même l'obligation principale ne serait pas régie par la loi de ce pays, que la loi du pays du domicile commun des cautions peut être invoquée par une caution contre une autre. Je ne voudrais pas mettre la nationalité commune, ici surtout, sur la même ligne que le domicile commun; ce n'est pas du tout ici une question d'intention, la soumission à une loi commune dérive du fait de prendre part à la vie active locale d'un même pays. Si les cau-

---

(1) ROLIN, op. cit., III, n⁰. 1414.

tions sont domiciliées dans des pays différents, le droit commun international n'est pas assez caractérisé pour admettre dans tous les cas un recours; chaque caution ne sera obligée que dans la mesure déterminée par la déclaration qu'elle a faite et qui doit être interprétée conformément à la loi du pays de son domicile. Je pense qu'il vaut mieux constater ce résultat que tenter de le masquer au moyen d'une règle mécanique.

Le résultat auquel j'aboutis pour le cautionnement international est assez peu satisfaisant. Mais le cautionnement est casanier. Au reste, on peut éviter les difficultés en s'exprimant avec netteté dans les documents; aucune clause raisonnable ne court le danger d'être considérée dans un pays étranger comme contraire à l'ordre public.

§ 74. *La transaction.*

A. Remarque générale.

La transaction est un contrat d'une portée très large, beaucoup plus large que le cautionnement. Elle forme le règlement amiable d'une contestation actuelle, future ou même hypothétique, au moyen de concessions réciproques. En ce sens on peut dire qu'elle consolide une situation juridique. Cette situation juridique n'est pas nécessairement un rapport d'obligation.

La matière de la transaction n'est riche qu'en apparence. On peut parler de tout à propos de la transaction, parce qu'elle touche à tout. La capacité générale ou spéciale des parties, la forme, la preuve, l'objet, la nullité et l'annulabilité, et enfin l'interprétation du contrat, peuvent faire l'objet d'un

examen. Au fond cela est du luxe, il n'y pas même nécessité de faire de la transaction un contrat nommé. Les législateurs l'ont fait par amour de la paix, en se disant qu'une transaction médiocre vaut mieux qu'un bon procès, mais ils ont quelquesfois fourni des armes pour faire un procès sur la transaction, de même qu'un pacte compromissoire, destiné à éviter un procès, donne quelquefois lieu à un procès sur la nomination ou la mission des arbitres. Il ne faut pas aimer la paix jusqu'à l'étouffer par des caresses.

B. **Quelques points de comparaison.**

Il y a quelques nuances dans les définitions que les lois ont cru devoir donner. Celle qui se trouve dans le § 779 du code civil allemand est un peu plus large que le texte de l'art. 2044 du code civil français; le législateur allemand a fait entrer, dans l'unique § qu'il consacre à la transaction, la définition du § 666 du premier projet (1), en indiquant qu'il suffit qu'il y ait incertitude sur la réalisation d'une exigence juridique, pour qu'il y ait matière à transaction. Mais la différence n'est pas nette et saillante.

En somme, le principal point de différence, c'est que certaines lois sont muettes ou avares de dispositions, alors que d'autres ont posé des règles, qui servent tout au moins à susciter des difficultés. Cela suffit, à la rigueur, pour donner une certaine importance à la question de savoir quel droit régit la transaction. Le code civil français s'étend assez longuement sur la matière; c'est à peine si le code néerlandais, le code italien et d'autres codes, qui ont suivi de près ou de loin la loi française, ont apporté quelques simplifications.

---

(1) *Motifs* II, p. 651. Reatz, *Die zweite Lesung* I, p. 361.

Le code allemand n'a, dans le titre de la transaction, qu'un seul §, le § 779 cité plus haut, qui définit le contrat et ne règle qu'un seul point, l'effet d'une erreur. Le code fédéral suisse n'a pas consacré de section spéciale à la transaction.

Généralement, dans les codes qui se sont étendus, la forme et la capacité forment l'entrée en matière. Il y a des divergences quant à la forme. Le code civil français veut un écrit (art. 2044). La disposition en question soulève des doutes, de même que la disposition correspondante, mais nullement identique du code civil néerlandais (art. 1888). Le code civil italien nomme la transaction, dans son article 1314 n°. 7, parmi les actes qui doivent se faire par écrit à peine de nullité. Le droit allemand n'exige aucune forme. Quant à la capacité de transiger, elle forme en réalité, comme l'indique l'art. 2045 du code civil français, un point qui se confond avec la capacité générale ou spéciale de disposer de ses propres droits ou des droits d'autrui qu'on a mission de sauvegarder. A moins d'entrer dans des détails oiseux, les codes n'en peuvent donner que des exemples.

Après l'entrée en matière, les lois passent tout de suite à l'interprétation de la transaction, à sa nullité ou son annulabilité, et passent de fait sous silence la substance de la transaction, qui dépend de ce que les personnes, capables de disposer, ont disposé effectivement.

C. **Application du droit.**

La capacité générale ou spéciale de disposer, la forme et la preuve peuvent sans doute, en matière de transaction, donner lieu à des difficultés internationales, mais ces difficultés ne sont pas d'un autre genre que celles auxquelles les matières en

question donnent lieu habituellement. Le vrai siège des difficultés particulières à la transaction se trouve dans les dispositions des lois sur l'interprétation, en tant qu'elles diffèrent des principes généraux sur l'interprétation des conventions, et dans les dispositions qui permettent de revenir sur une transaction, en tant qu'elles diffèrent aussi des principes généraux sur la nullité ou l'annulabilité des conventions.

Cela étant, les principes sont assez simples, c'est leur application d'après les circonstances qui peut être difficile.

La transaction se présentera sous la face locale-nationale lorsque deux personnes, domiciliées dans le pays du juge, auront transigé sur une relation juridique soumise elle-même au droit de ce pays. Le juge alors appliquera son droit national ; la nationalité des parties, et le lieu du contrat ne seront que des éléments d'interprétation. Dans le même esprit, la transaction sera locale-étrangère, lorsque deux personnes, domiciliées dans un pays étranger déterminé, auront transigé sur une relation juridique soumise au droit de ce même pays.

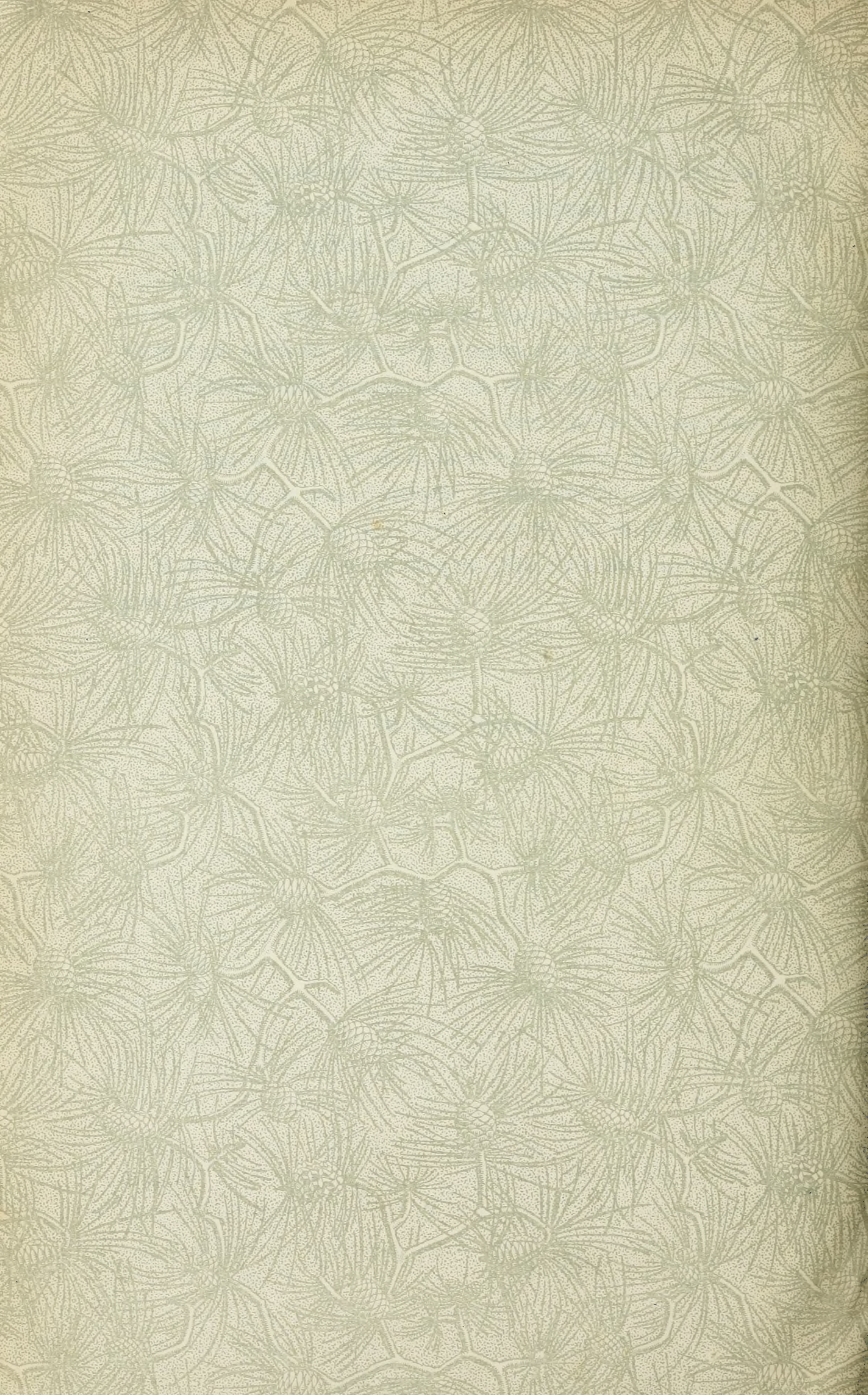
La face internationale se présentera lorsque les personnes, qui ont leur domicile dans le même pays, ont transigé sur une relation juridique soumise au droit d'un autre pays, ou bien lorsque les parties sont domiciliées dans des pays différents. Mais ces complications juridiques peuvent être dénouées sans recourir au tranchet de la lex loci contractus ou de la lex fori. Comme il est de droit commun que pour transiger il faut pouvoir disposer, les exigences juridiques de la vie active universelle renvoient naturellement au droit qui régit la relation entre les parties, pour ce qui est de la question de savoir s'il y a matière à transaction. Pour le cas où la lex fori aurait cru devoir se faire l'organe de la communauté juridique universelle, en interdisant absolument toute trans-

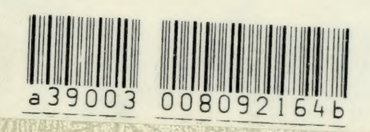
action dans une matière où cette transaction serait permise par la loi qui régit la relation juridique, il y aurait bien lieu en principe d'admettre une exception, mais le cas me semble bien extraordinaire. Quant à l'interprétation légale de la transaction et quant au droit de revenir sur une transaction en vertu d'un texte, la circonstance que les deux parties seront domiciliées dans le même pays fera pénétrer la transaction dans la vie active locale de ce pays, ce qui entraînera l'application de la loi du pays. Cette application, au reste, laissera au juge toute la latitude d'interprétation que la loi en question comporte.

Si les parties n'ont pas leur domicile dans le même pays et s'il s'agit de déterminer la substance de la transaction — abstraction faite du droit de transiger — ou de savoir si les parties ont un droit légal de revenir sur cette transaction, je ne vois pas qu'il y ait lieu de donner d'une manière absolue autorité à une loi fixée d'avance. Ni la loi du lieu où la transaction a été conclue, ni celle du lieu où elle doit recevoir son exécution, ni les lois nationales des parties, ni, enfin, la loi qui régit le droit sur lequel on a transigé, ne méritent cette autorité. Toutes ces lois peuvent trancher la question arbitrairement, aucune d'elles ne la résout d'une manière satisfaisante pour tous les cas. J'aime mieux dire que si les parties, capables en général, ont le pouvoir de transiger, en vertu du droit qui régit la relation juridique qui sert de base à la transaction, leur contrat est obligatoire en vertu du droit international commun et que son interprétation dépend des circonstances. Si l'une des parties invoque le droit de revenir sur la transaction, le juge appréciera si les circonstances donnent à ce droit un fondement suffisant. Je me représente fort bien un cas où ce fondement suffisant peut exister. S'il résulte des circon-

stances que les parties ont eu toutes deux en vue une même loi, leur loi nationale commune par exemple, et si cette loi donne un droit spécial de revenir sur une transaction, la prétention du demandeur pourra se justifier par le texte de cette loi. Si le juge ne trouve pas dans les circonstances un fondement suffisant pour l'application d'une loi, ou si la loi qu'il considère comme applicable ne règle pas le droit spécial de revenir sur une transaction, ce droit spécial ne sera pas admis. Quant à la question de savoir si, dans la vie active internationale, on peut demander l'annulation de la transaction pour des motifs généraux, l'erreur, le dol ou la violence, je ne la discuterai pas en ce moment. Elle n'est pas particulière à la transaction.

FIN DU TOME PREMIER.




a39003 008092164b

